



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

**“La Acción de Protección como garantía eficaz de protección de los derechos, análisis del concepto de residualidad”**

Monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los tribunales de Justicia de la república, y Licenciado en Ciencias políticas y sociales.

Autor: Geovan Ricardo Crespo Molina.

Director: Dr. Diego Gonzalo Jadán Heredia

CUENCA – ECUADOR

2015



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## RESUMEN

En el Ecuador, más concretamente desde el año 2008 entra en vigencia la Constitución de la República, la misma que trae consigo una serie de innovaciones importantes en relación a la Constitución Política de 1998, conforme con el nuevo modelo de Estado que rige al Ecuador, el Estado constitucional de derechos, se da la implementación de varias garantías o tipos de garantías que tienen por finalidad la protección de derechos fundamentales, entre ellas está la nueva acción de protección, como una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales, la misma que sustituye a la antigua acción de amparo constitucional constante en la constitución de 1998.

Destacamos que la acción de amparo constitucional como garantía de los derechos era una acción únicamente cautelar, suspensiva de los efectos de un acto que se consideraba lesivo de los derechos. Actualmente, lo que conocemos como acción de protección, constituye un avance en la defensa de los derechos pues se trata de una verdadera garantía jurisdiccional de conocimiento, protección y reparación los derechos frente a los abusos y arbitrariedades del poder.

Este trabajo topa aspectos generales de la Acción de Protección, como una garantía jurisdiccional, caracterizada por su aplicación residual, que pone en riesgo un marco de protección efectiva a los derechos constitucionales en Ecuador.

Palabras claves: Acción de Protección, Amparo Constitucional, Garantía, Cautelar, Residual, Jurisdiccional, Protección, Reparación Efectiva, Derechos Constitucionales, Derechos Constitucionales, Constitución.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **ABSTRACT**

In Ecuador, since 2008 precisely, the new Constitution had come into force bringing along a number of important innovations compared to the Political Constitution of 1998, according to the new Ecuadorian State model a constitutional State of rights, several Jurisdictional guaranties have been implemented which aim to protect the Fundamental rights. Among these guaranties we can find the new Protection Proceedings as Jurisdictional guaranties for the constitutional rights, which replaces the Constitutional protective action of 1998 Constitution.

We must emphasize that the Constitutional protective action as a guarantee of rights, was exclusively a precautionary action which suspended the adverse effects of a wrongfully act. What we currently known as protecting proceeding constitutes progress in the defense of rights, being a proper Jurisdictional guarantee in which the rights are acknowledged, protected and remedied from arbitrary and abusive use of power.

This investigative work reviews general aspects of Protection proceeding as Jurisdictional guarantee, defined by its residual application that risks the effective protection of Constitutional rights in Ecuador.

**KEYWORDS:** Protection proceedings, Constitutional action, Precautionary, Residual, Jurisdictional, Protection, Effective remedy, Constitutional Rights, Constitution.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## ÍNDICE

RESUMEN .....	2
ABSTRACT .....	3
ÍNDICE .....	4
CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....	7
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTO.....	9
INTRODUCCIÓN .....	10
CAPÍTULO I .....	12
LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	12
1.1 Concepto de Garantía.-.....	12
1.2 Clasificación de las garantías.- .....	15
1.3 Garantías según su alcance: primarias y secundarias.....	16
1.4 Según los sujetos que las prestan: garantías institucionales y sociales .....	17
1.5 Las garantías políticas .....	18
1.6 Garantías jurisdiccionales .....	20
CAPÍTULO II .....	21
LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO UNA GARANTÍA EFICAZ DE TUTELA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	21
2.1 Introducción.- .....	21
2.2 La Acción de protección.-.....	22



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2.3 Regulación de la Acción de protección en la Constitución de la República y en la LOGJCC.-.....	25
2.4 Requisitos de procedibilidad.- .....	30
2.5 Los causales, requisitos de la Acción de Protección para su admisión.- .....	32
2.6 Improcedencia de la acción de protección .....	35
CAPITULO III .....	39
LA RESIDUALIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO, Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN .- .....	39
3.1 Análisis de la reparación.- .....	44
3.2 El fin de la Acción de protección y la Medida cautelar.- .....	47
3.3 La residualidad de la acción de protección. ....	49
3.3.1 A manera de prefacio.- .....	49
3.3.2 ¿Una acción directa o residual?.- .....	52
BIBLIOGRAFÍA .....	63
ANEXO .....	67



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



UNIVERSIDAD DE CUENCA

### CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Geovan Ricardo Crespo Molina autor de la monografía "LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA EFICAZ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS, ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE RESIDUALIDAD" reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al artículo 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para obtener mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicara afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, Diciembre 2015

Geovan Ricardo Crespo Molina

C.I. 0103895082



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo, Geovan Ricardo Crespo Molina autor de la monografía "LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA EFICAZ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS, ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE RESIDUALIDAD", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, Diciembre 2015

Geovan Ricardo Crespo Molina

C.I. 0103895082



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## DEDICATORIA

Esta tesis se la dedico a Dios quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mi familia quienes por ellos soy lo que soy.

Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, mi coraje para conseguir mis objetivos.

A mis hermanos por estar siempre presentes, acompañándome para poderme realizar.

A mi sobrino Andrés Sebastián quien ha sido y es una mi motivación, y felicidad.





UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **AGRADECIMIENTO**

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida tanto en el ámbito, personal como profesional a las que me encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos difíciles de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y en mi corazón, sin importar en donde estén quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones mi más sincero agradecimiento.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, no solo a nivel de nuestro país sino de Latinoamérica y el mundo, de la mano del progreso económico y político, viene el desarrollo y progreso social pero también para desgracia del ciudadano de manera vertiginosa aumenta el abuso por parte del estado, La desmedida ambición de gobernantes europeos, desencadena la Primera Guerra mundial; con la capitulación de la Alemania de Hindenburg, jefe de gobierno, nace luego de Versalles la Constitución de la República de Weimar, cuyos contenidos y garantías sin duda marcaron un hito revolucionario en el campo jurídico; El jurista Kelsen de renombre hasta nuestros días fue quien mantuvo una visión revolucionaria del derecho cuando colaboró en la formación del Tribunal Constitucional austriaco.

Luego de la Segunda Guerra mundial nace la denominada corriente neo constitucionalista, aclamada por unos, calificada como novelaría por otros; pero no sin dejar de reconocer su carácter progresista.

La Acción de protección en reemplazo de la Acción de amparo, marcaría un hito importante en materia de protección de derechos fundamentales del ciudadano de a pie, fue concebida como un mecanismo limitante a los excesos y abusos del poder del estado en determinados casos, pero lamentablemente en la practica el desconocimiento de su naturaleza, pésima regulación, etc.

Con la organización de la sociedad en estado, el ordenamiento jurídico configura el ejercicio del poder, pero lamentablemente el mismo es ejercido en dependencia de la coyuntura política del momento, convirtiendo a la legislación en una prenda de vestir modificable a gusto y conveniencia del gobernante de turno, quien legisla en sujeción al capricho de su grupo político ignorando por completo la principal fuente material de la formación de la voluntad legal, la realidad social, las necesidades de los administrados, el deseo de que termine la impunidad imperante de funcionarios y servidores públicos quienes no se interesan en respetar las normas básicas de protección de derechos fundamentales, las cuales



UNIVERSIDAD DE CUENCA

pasan a ser segundo plano a tratar en la producción normativa, le damos pues toda la razón a Dostoievsky al criticar el ejercicio arbitrario del poder el cual siendo ejercido por poderes concentrados en pocas manos y ausentes de límites eficaces y efectivos convierten a su actuar en arbitrario;<sup>1</sup> la célebre sentencia que inaugura el control de constitucionalidad en este hemisferio<sup>2</sup> responsabiliza al estado de su obligación de proteger los derechos fundamentales de la persona, insistimos lamentablemente es propio de las democracias subdesarrolladas la producción y existencia de normas jurídicas que no cumplen con el fin primordial para el cual fueron concebidas y se hace que únicamente estas obedezcan a intereses o conveniencias políticas,<sup>3</sup> en lo personal abrigo la esperanza de que algún día nuestro ordenamiento jurídico, establezca límites efectivos al ejercicio del poder, esto solo se va a lograr con el apoyo incondicional de jueces, abogados, estudiantes de derecho y la sociedad, cuya voluntad es fuente directa de la producción normativa y del ejercicio del poder, y con el establecimiento de instituciones jurídicas sólidas y capaces de cumplir con su rol garantizador...!<sup>4</sup>  
Geovan Crespo Molina.

---

<sup>1</sup> Dostoievsky Fiodor, *"Memorias de la casa de los muertos."*, Editorial Progreso, Moscú URSS, 1984.

<sup>2</sup> Véase en Zambrano Pasquel Alfonso, *"Del estado Constitucional al neo constitucionalismo: el sistema interamericano de DDHH a través de sus sentencias."* Resumen del fallo en Caso Marbury Vs. Madison., Edilex S.A, Guayaquil Ecuador, año 2011.

<sup>3</sup> Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *"Derecho penal parte general"* Cap. I Derecho Penal y poder punitivo, Teoría del derecho penal. Definición: derecho penal y poder punitivo Elementos de la definición, Ediar, Sociedad anónima editora, comercial industrial y financiera, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Tratamiento del Delincuente, la Università degli Studi di Bologna (sede de Buenos Aires) y la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires Argentina, año 2000, pág. 3.

<sup>4</sup> Ayala Mora, Enrique, *"¿Por qué la Asamblea Constituyente? Derrotar al autoritarismo con un gran acuerdo nacional"*, ¿Para qué una nueva Asamblea Constituyente? Mantener derechos y garantías, Ediciones la tierra, Quito- Ecuador, año 2015, pág. 64



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CAPÍTULO I

### LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1.1 Concepto de Garantía.-

Al utilizar el término garantía, desde un punto de vista jurídico, dicha expresión está siempre vinculada con la idea de protección. Así por ejemplo, en el plano procesal, las garantías del debido proceso comprenden las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración; mientras que en el lenguaje del derecho civil, se hace referencia a las garantías reales o personales como técnicas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, y de esta forma, proteger derechos patrimoniales.

Por ese motivo, es preciso tener en cuenta que sobre toda manifestación de garantía, cualquiera sea el contexto jurídico en el que se la cita.

En el derecho civil, observa Ferrajoli<sup>5</sup> el concepto de garantía hace relación a técnicas normativas diseñadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales.

La más reciente transformación del concepto de garantía proviene de la teoría general del derecho, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. En estas áreas la noción de garantía ha venido vinculándose a la protección de derechos constitucionales o derechos humanos. En este plano, las garantías constituyen, en palabras de Peces-Barba<sup>6</sup> un conjunto coherente de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales. Este conjunto es a la vez amplio y complejo pues incluye principios, normas, técnicas, procedimientos e

---

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi. "Garantías constitucionales". Revista Argentina de Derechos Constitucionales (Buenos Aires), 1.2 (2000).

<sup>6</sup> Peces-Barba, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid, Universidad Carlos III, 1999; véase el capítulo diez



instituciones tanto sociales como estatales predispuestos para la defensa de estos derechos

Diremos, que de la mano de todo derecho se estructura en su entorno la respectiva garantía que lo dota de esa característica de “*imperium*”, sin la cual sería simplemente como un adulto sin pies o una maquina sin energía, sería pues una ficción completamente inútil.

Una garantía es un mecanismo exigible ante la autoridad, con la cual se asegura el cumplimiento de un objetivo o propósito, o de alguna manera que el mismo sea cumplido incluso bajo la amenaza de la coerción.

Con la organización de la sociedad en estado, cada individuo cede su libertad a fin de que sea ese estado el encargado a través de sus instituciones de precautelar dicha libertad, de tal manera que lo que el individuo pierde en libertad lo gana en seguridad, esta ficción denominada derecho, es la máxima expresión de la limitación del poder, y de la fuerza bruta.<sup>7</sup>

Hobbes en “*El Leviatán*” compara al estado con ese legendario monstruo bíblico con tanto poder, que es capaz de destrozarse al ser humano.

En efecto insistimos en dicho punto el estado a través de sus instituciones es el único capaz de intervenir en la esfera de derechos individuales de la persona, con propósitos únicamente limitados y respaldados por el ordenamiento jurídico.

Regresamos al postulado de la escuela contractualista<sup>8</sup> el individuo al ceder parte de su libertad para que el estado los garantice, crea una institución por medio del ordenamiento jurídico, completamente separada e independiente del aparato estatal, que cuenta con esta legitimidad capaz de poder frenar a raya al ejercicio abusivo del poder, esta autoridad es la única capaz de dirimir controversias entre

---

<sup>7</sup> Véase, Cancado Trindade, Antonio, “*Doctrina Latinoamérica de derecho internacional público.*” Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José- Costa Rica, año 2003.

<sup>8</sup> Apuntes para estudio de la cátedra de Ciencia política y Derecho constitucional de primer año, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, Cátedra a cargo del Dr. Jorge Moreno Yanez.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

los particulares o imponer sanciones, cuando existe inobservancias del ordenamiento jurídico por parte de particulares, esto cuando nos referimos a campos penales, civiles, laborales, etc., y en caso de dirimir conflictos entre el estado con los particulares, nos referimos a la justicia contenciosa administrativa.

Esta actividad no es conferida a un cargo, sino a una verdadera institución jurídica, denominada juez, es la única autoridad ante la cual el ciudadano puede recurrir y por medio de los mecanismos o garantías exigir al poder del estado o particulares que respete sus derechos de manera pronta y eficaz.

En el célebre caso *Marbury Vs. Madison* el juez Marshall en su sentencia dijo:

*“La esencia de la libertad civil, consiste en el derecho que tiene todo individuo de acudir ante las leyes cuando sus derechos han sido objeto de agravio, lo cual genera la obligación de estas a dar la protección que este reclama...”<sup>9</sup>*

Por lo tanto una garantía solo va a ser eficaz y eficiente en su objetivo, solo si es exigible ante una autoridad que cuente con la suficiente legitimidad como para poner frenos al ejercicio abusivo o la omisión del poder sea del estado o de particulares cuando actúan en los supuestos planteados por la Constitución y la ley.

A fin de concluir con el concepto de garantía diremos pues que es aquel mecanismo capaz y con el suficiente poder para hacer frente y frenar el desmedido y arbitrario ejercicio del poder del estado o de quienes en ejercicio de una potestad conferida por este, a través de sus personeros o agentes que lo representan.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Zambrano Pasquel, Alfonso, *“Del Estado Constitucional al Neo constitucionalismo El sistema interamericano de DDHH a través de sus sentencias”*, Edilex S.A, Lima, año 2011 pág. 327.

<sup>10</sup> Pozzolo, Susanna editora, Anna Pintore, Ramos Duarte, Ecio Otto y otros, *“Neo constitucionalismo, Derecho y derechos”*, El positivismo jurídico incluyente y la objetividad en el derecho. Un enfoque neoconstitucional sobre la exigencia de corrección en la interpretación constitucional, Palestra, Lima-Perú, año 2011, pag. 119.



Se ha utilizado y se continúa utilizando la expresión garantías y derechos como sinónimos. Sin embargo, en la medida en que garantía es toda forma de proteger un derecho, resulta claro, que es necesario separar la noción de derecho con garantía. Entonces, una primera aproximación a la garantía como mecanismo de protección, si bien nos permite distinguirla del derecho en sí, pudiera confundir a la existencia del derecho con su efectividad. Un derecho no es más ni menos en tanto no cuenta con mecanismos de tutela. Las garantías en este sentido, no condicionan la existencia del derecho sino la efectividad de su ejercicio.

## **1.2 Clasificación de las garantías.-**

Para esto, citaremos al jurista español Gerardo Pisarello, quien manifiesta que existen tres estándares transversales para la elaboración de las garantías. Este autor apuesta por una construcción de las garantías unitaria, compleja y democrática<sup>11</sup>.

1. Construcción unitaria: Para que la construcción sea unitaria debe partir de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, tanto civiles, y políticos como sociales<sup>12</sup>.

2. Construcción compleja: En virtud de que son múltiples los órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en la protección de los derechos fundamentales, la construcción es compleja en la medida en que son múltiples los sujetos encargados de protegerlos, como las escalas institucionales en la que dicha tutela puede tener lugar. De esto nace que la exigibilidad no se reduce a la justiciabilidad, puesto que además del órgano jurisdiccional, intervienen los órganos legislativos, administrativos y de control.

---

<sup>11</sup> Pisarello, Gerardo, op. cit., pp. 111-112.

<sup>12</sup> Sobre la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, véase Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, 12 julio 1993.



3. Construcción democrática: Esto significa que el diseño de las garantías debe involucrar más la participación de las personas, y procurar que se disminuya su institucionalización, es decir, que “involucren a los propios titulares de los derechos en la defensa y conquista de los mismos”<sup>13</sup>.

### **1.3 Garantías según su alcance: primarias y secundarias**

Es justamente Ferrajoli quien ha propuesto la clasificación de garantías de los derechos constitucionales en garantías primarias y secundarias.<sup>14</sup> Esta clasificación tiene como presupuesto la noción de garantía como obligación dirigida a asegurar la efectividad de un derecho constitucional.

Las garantías primarias o sustanciales se refieren a obligaciones o prohibiciones correspondientes a estos derechos. Mediante estas garantías tanto los poderes públicos como los particulares están obligados a realizar ciertas prestaciones y omitir ciertas conductas lesivas a efectos de que la protección de los derechos sea efectiva.

A diferencia, de las garantías secundarias las cuales consisten en obligaciones específicamente de los órganos que deben sancionar o anular actos violatorios de derechos constitucionales, es decir actos contrarios a las garantías primarias, cuyo modelo son los jueces. Así, por ejemplo, mientras la rigidez constitucional o la reserva de ley, son garantías primarias por cuanto obligan al Legislativo, instituciones como la acción de inconstitucionalidad o la acción de protección son garantías secundarias que se activan solo una vez que las garantías primarias han sido ineficaces o violadas.

Esta clasificación, aunque bastante amplia y abstracta, tiene la virtud de destacar el hecho de que las garantías de los derechos no obligan solamente a los jueces, sino además, e incluso en un primer momento, al Legislativo y al Ejecutivo que

---

<sup>13</sup> Pisarello, Gerardo, op. cit., pp. 112 y 113.

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi. “Garantías constitucionales”. Revista Argentina de Derechos Constitucionales (Buenos Aires), 1.2 (2000)





están obligados por tales garantías primarias a ejecutar u omitir ciertas conductas a efectos de respetar o proteger los derechos constitucionales. Especial relevancia, por razones históricas y políticas, tiene la idea de que el legislador está también obligado por garantías primarias de los derechos como la rigidez de la Constitución, la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de estos derechos. Estas razones históricas y políticas tienen que ver con la noción de soberanía del legislador por la cual el legislador actuaba sin restricciones o restricciones puramente formales, y su contraposición con la de Estado constitucional en que la legislación está sujeta formal y materialmente a los derechos y garantías que la Constitución establece. En definitiva, si los derechos constitucionales valen ante todos los poderes públicos, las garantías no pueden ser sino un sistema complejo de técnicas que igualmente obligan a todos los órganos públicos e incluso a los particulares. Es más, en ciertos derechos, como los derechos sociales, las garantías primarias tienen prioridad sobre las jurisdiccionales, en palabras de Pisarello: Una percepción de este tipo contribuiría, ante todo, a escapar a la tentación de reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a su justiciabilidad. De lo que se trataría, por el contrario, es de señalar la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional: desde los órganos legislativos y administrativos hasta las diversas variantes de órganos externos de control, como las defensorías del pueblo o los tribunales de cuentas<sup>15</sup>

#### **1.4 Según los sujetos que las prestan: garantías institucionales y sociales**

Las garantías institucionales corresponden a las diversas instituciones o poderes públicos, en contraste las garantías sociales son ejercidas por los propios titulares de los derechos ya sea mediante participación directa o indirecta. Algunos ejemplos de participación ciudadana directa en la definición y ejercicio de los

---

<sup>15</sup> Pisarello, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

derechos constitucionales son las iniciativas ciudadanas de reforma constitucional y legal, los referendos, el control ciudadano del gasto público, mecanismos de autotutela como la huelga, y en general los diversos mecanismos de democracia participativa. El ejemplo clásico de participación indirecta está dado, en cambio, por la intervención ciudadana en elecciones de representantes que son los que luego regulan los derechos constitucionales.

Entre las garantías institucionales, la división más importante es la de garantías políticas y garantías jurisdiccionales. Mientras las garantías políticas consisten en garantías primarias en cabeza de órganos de tipo legislativo y ejecutivo, las garantías jurisdiccionales están encargadas a los jueces e incluyen sanciones o reparaciones. Hay sin embargo, un tercer género de garantías semijurisdiccionales o semipolíticas consistentes en órganos de control independientes del Legislativo o del Ejecutivo, que tramitan denuncias o ejercen acciones para defender derechos constitucionales, pero no tienen poder de sanción; el ejemplo clásico es el del Defensor del Pueblo. A continuación entre las diversas garantías institucionales atendemos a las denominadas garantías políticas, para luego aproximarnos a las garantías jurisdiccionales.

### **1.5 Las garantías políticas**

Su función consiste en evitar la modificación arbitraria de los derechos constitucionales y velar por la integridad de su sentido y función. Estas garantías especifican el contenido, obligaciones y sujetos de los derechos a efectos de protegerlos frente al poder del Estado. Son garantías que, como se ha dicho, tienen una naturaleza institucional y se hallan encomendadas a los órganos estatales de tipo legislativo y ejecutivo. Este tipo de garantías es denominada por Pérez Luño<sup>16</sup> como garantías normativas, que es la denominación adoptada por la

---

<sup>16</sup> Pérez Luño, Antonio. Los derechos fundamentales. Madrid, Editorial Tecnos, 1986, pp. 65 a 104.



Constitución de Montecristi, y a ella también hace referencia Peces-Barba con su noción de garantías de regulación.<sup>17</sup>

Los ejemplos más claros de garantías normativas o políticas como se mencionó anteriormente son: la rigidez constitucional, la reserva de ley y la noción de contenido esencial de los derechos. La rigidez constitucional: predomina en la doctrina constitucional la idea de que la rigidez de la Constitución es una condición necesaria de su supremacía sobre la ley y otras normas. La razón, se dice, radica en que si la reforma de la Constitución es tan fácil como la de la ley,<sup>18</sup> los legisladores simplemente podrían reformar la Constitución para que se ajuste a las leyes que deseen dictar. En este evento, la Constitución y sobre todo los derechos que consagra no podrían funcionar realmente como marco limitante de la legislación.

Este análisis puede, no obstante, ser objeto de crítica. Así, por ejemplo, Prieto Sanchís<sup>19</sup> ha cuestionado la identificación de rigidez con supremacía, aduciendo que estas son analíticamente susceptibles de diferenciación y funcionamiento independiente. Es decir, la Constitución mantiene su supremacía independientemente de la mayor o menor rigidez que la propia Constitución establezca para su reforma. La flexibilidad es necesaria para asegurar el proceso democrático, y es solo la expresión de este en la Constitución el que le otorga legitimidad. En todo caso, en Ecuador se ha entendido la rigidez constitucional como un dispositivo necesario para lograr mayor estabilidad del texto constitucional. Con tal objetivo se han incluido en la Constitución requisitos y procedimientos que implican consensos políticos más amplios que legitimen políticamente dicha reforma. Reserva de ley. La exigencia de que la regulación de

---

<sup>17</sup> Peces-Barba, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid, Universidad Carlos III, 1999. Véase el capítulo diez.

<sup>18</sup> Por ejemplo, si requiere iguales mayorías legislativas, y en general igual procedimiento para dictar o reformar leyes.

<sup>19</sup> Véase Prieto Sanchís, Luis. Justicia constitucional y derechos humanos. Madrid, Editorial Trotta, 2003, capítulo 3.



los derechos constitucionales se haga mediante ley, e incluso mediante leyes superiores a otras leyes y que requieren una votación especial, constituye otro mecanismo para proteger derechos

### **1.6 Garantías jurisdiccionales**

Constituyen un segundo tipo de garantías institucionales; por su naturaleza son necesariamente garantías secundarias. Están siempre confiadas a tribunales o jueces independientes de los órganos políticos, tribunales o jueces que pueden recibir denuncias de vulneraciones a los derechos y que cuentan con capacidad de sanción. Las garantías jurisdiccionales pueden ser ordinarias, cuando se refieren a la justicia ordinaria, o constitucionales cuando consisten en técnicas normativas especializadas de la justicia constitucional.

Las nuevas garantías, según la Constitución de Montecristi, son las de carácter normativo, las políticas públicas y las garantías políticas o de participación ciudadana. El principio central que guía su inclusión es el de que existen múltiples mecanismos, a más de las garantías jurisdiccionales, que obligan a las instituciones y autoridades estatales a respetar y desarrollar los derechos humanos. Así, por ejemplo, las garantías normativas (art. 85) establecen la obligación de los legisladores de regular los derechos fundamentales exclusivamente mediante ley (reserva de ley), y la de no atentar contra el núcleo de tales derechos (art. 11, numeral 4). Por otra parte, las políticas públicas (art. 86) son concebidas también como medios o garantías de los derechos fundamentales. Finalmente, las garantías políticas destacan la participación ciudadana como un mecanismo de exigibilidad de estos derechos. Esta ampliación de la noción de garantía constitucional subraya el hecho de que son todas las funciones del Estado, todas las autoridades públicas y en ocasiones los particulares, y no solo los jueces, los obligados a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales que establece la Constitución. Constituye por tanto una visión del poder estatal a su vez limitado por y al servicio de estos derechos.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CAPÍTULO II

### LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO UNA GARANTÍA EFICAZ DE TUTELA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

#### 2.1 Introducción.-

*“Suenan las campanas en un pueblo de Florencia en el siglo XVI. Las campanas no suenan para decir la hora, ni para anunciar una fiesta. Las campanas anuncian muerte. Los vecinos del pueblo se reúnen en el atrio de la iglesia para saber quién ha muerto. Se trata de la historia de un campesino cuya tierra ha sido apropiada por un hombre rico, un Márquez sin escrúpulos. El campesino protesta ante el hombre usurpador, pide clemencia, se queja ante la justicia. No tiene solución ni respuesta. Finalmente decide quejarse urbi et orbi. Y tocan las campanas. El campesino da la noticia de que la justicia ha muerto.”<sup>20</sup>*

Partiremos de un punto fundamental, el fin ontológico de la acción de protección, el ordenamiento jurídico concebido como una unidad indivisible cumple el rol fundamental de protección de los derechos de los ciudadanos<sup>21</sup> rol con base en estricto respeto a las garantías limitantes del poder del estado son legitimantes de su existencia.

Cada mecanismo jurídico de protección debe estar estructurado y diseñado, para tener una acción simple en cuanto al procedimiento, eficaz y eficiente en cuanto al efecto de su aplicación sea en un caso concreto pudiendo su efecto ser *inter pares*, *inter partes* o *inter comunis*, etc.

Podemos pues ejemplificar el poder de una garantía jurisdiccional como es la Acción de Protección como un escudo limitante al ejercicio arbitrario del poder del

---

<sup>20</sup> Discurso pronunciado por José Saramago en el Congreso mundial de Porto Alegre, año 2012.

<sup>21</sup> Véase en Cancado Trindade, Antonio Augusto, Voto concurrente “Caso Hilaire Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago.” Corte IDH.



estado, quien actué por delegación o concesión, y, o particulares, lo que sostengo en la siguiente comparación:

En internet en el canal YouTube circula un video de cuando se dio la Invasión del Ejército Chino en la plaza de Tiananmen<sup>22</sup>, en el cual se observa avanzar a una columna de tanques, maquinas cuyo poder avasallante representa al estado, estos avanzan sobre la plaza (espacio abierto), el estado mediante proceder arbitrario invade la esfera de derechos fundamentales, garantizadores y sustento de la existencia de la sociedad democrática, frente a la columna de tanques se detiene un hombre desarmado, la garantía en acción sobre el caso que demanda su aplicación, frente a esta la columna de tanques se detiene consecuentemente el poder del estado es frenado a raya, sin más opción, el estado y su actuar arbitrario es limitado por la acción simple, rápida y efectiva de éstas.

## 2.2 La Acción de protección.-

Definida por el artículo 88 de la Constitución, este mecanismo de protección en la teoría es una garantía muy “poderosa” por su ámbito de acción, su objeto, efecto, procedimiento, pruebas, etc.

Esta garantía busca dar un amparo **“DIRECTO Y EFICAZ”** de aquellos derechos reconocidos constitucionalmente.<sup>23</sup>

Sobre el uso del término “Directo” entendemos que el constituyente le da un carácter de acción prioritaria o preferente, lo que nos hace regresar al enunciado invocado en la introducción de este trabajo *“La balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia.”* Ante una acción u omisión es necesario contar con un

---

<sup>22</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=A-MTgEpcl-Q>

<sup>23</sup> En el artículo 11.7 *ibídem* establece el sistema abierto de derechos; “En el ámbito de los derechos fundamentales se acepta unánimemente que el reconocimiento de los derechos – por parte de los estados- se dé con plena amplitud. Un reconocimiento amplio impide caer en una restricción, incluso involuntaria, de los derechos humanos, cuando estos se positivizan en los textos constitucionales. Como se anticipó, los derechos no son susceptibles de ser enumerados exhaustivamente, de modo taxativo”, Salgado Pesantes, Hernán, *“Lecciones de derecho constitucional,(cuarta edición)”* Colección profesional ecuatoriana, ediciones legales, Quito Año 2012, pág. 69.



mecanismo adecuado y dotado de suficiente poder como para frenar la vulneración del derecho fundamental, en cuanto a la eficacia indica pues la referida norma que dicha garantía debe ser capaz de poder hacer frente a la vulneración, cesarla ordenar medidas de no repetición, etc.

La vulneración puede darse por **ACCIÓN**, esto es por la exteriorización de la manifestación de la voluntad del estado ejercida por sus agentes, o por **OMISIÓN**, es decir cuando está obligado a dar o hacer determinada prestación y no lo hace o también hace, pero omite la aplicación de normas jurídicas o valoración de hechos o pruebas, lográndose pues una omisión arbitraria<sup>24</sup>, en este punto se diferencia de la Acción Extraordinaria de Protección, por cuanto en esta no permite la valoración de evidencia ni de los hechos ya que su naturaleza se circunscribe netamente al control de constitucionalidad de lo actuado por la autoridad judicial. Un ejemplo de ello es un caso tramitado en el consultorio jurídico de la Universidad de Cuenca, en el cual el accionante víctima de un accidente laboral quedo con un grado de discapacidad que le impide trabajar normalmente, luego de iniciar los trámites correspondientes para poder obtener su jubilación por invalidez, el IESS responde que no era posible ello porque el empleador no había cancelado las respectivas obligaciones para con el IESS, **“dejando al accionante en una suerte de completa indefensión...”** (cita textual de la sentencia) sin embargo debemos señalar que en el presente caso el IESS omite hacer uso de la acción de cobro establecida en la Ley de Seguridad Social, luego omite así mismo ante sucesivas impugnaciones del empleador ejecutar alguna acción tendiente a garantizar dicho cobro, considerando que emite resoluciones que declaran la responsabilidad patronal, pero nada hace para ejecutarlas.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Sagues, Néstor Pedro; Compendio de derecho procesal constitucional” Cap. 11 Causales de Arbitrariedad, Interpretación arbitraria, clases, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires Argentina, año 2009, pág. 242.

<sup>25</sup> Sentencia dictada por la Primera Sala de lo penal dela Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro del proceso de Acción de protección seguido contra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, caso Ortiz Pacheco, Vs. IESS. Ap. 0194-2012, Conjuez ponente: Dr. Victor Llerena, 29 de agosto de 2012.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Este es un claro ejemplo de violación de derechos fundamentales vía omisión de la autoridad pública.

Dice así mismo esta garantía puede proponerse contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública **NO JUDICIAL** tiene lógica dicha postura por cuanto en la actividad jurisdiccional, existen los mecanismos de impugnación, estos son los denominados recursos tanto horizontales y los verticales, previstos por las leyes secundarias, dependiendo del campo de acción se hace usos de estos.

En cuanto a las políticas públicas, son estas las formas en las que se maneja la cosa pública valga la redundancia, en tanto en cuanto dichas políticas impliquen privación de goce o ejercicio de derechos constitucionales, tal sería el caso que el ejecutivo por medio de estas establezca requisitos para acceder a beneficios sociales, que antes no eran exigidos.

En cuanto a los particulares nos ofrece diferentes situaciones, por ejemplo cuando la violación provoca daño grave, doctrinarios citan el típico caso de un empleado u obrero que es expulsado sin justificación alguna de su trabajo, y el mecanismo de reclamo establecido en la vía administrativa u ordinaria, no asegura celeridad<sup>26</sup> para protegerse de tal acción y como consecuencia de ello viola el derecho constitucional a la estabilidad laboral y debido proceso.

Sobre los servicios públicos impropios, el particular actúa bajo la dirección y regulación del estado, el parámetro para la prestación de dicho servicio es la continuidad, generalidad, eficiencia, eficacia, etc. Tal es el caso de una clínica particular que se niegue a atender a un paciente víctima de un accidente de tránsito, porque dicho paciente es una persona de escasos recursos económicos.

---

<sup>26</sup> Castillo Córdova, Luis, *"Derechos fundamentales y procesos constitucionales,"* Grijley, Lima, año 2008, pág. 220.





Y finalmente si la persona se encuentra en relación de subordinación, indefensión o discriminación, entendemos pues subordinación implica relación de poder, por ejemplo empleador y su empleado.

La indefensión y la discriminación son aquellas situaciones en las que se pone al individuo o conglomerado, siendo estas consecuencias provenientes de la acción u omisión.

### **2.3 Regulación de la Acción de protección en la Constitución de la República y en la LOGJCC.-**

A partir del artículo 86 la Constitución de la República del Ecuador se establece el procedimiento para el trámite de las garantías jurisdiccionales, la norma insiste en que esta garantía puede ser propuesta ante cualquier juez, **NO EXIGE** requisitos formales, por lo que esta puede ser propuesta de manera verbal o escrita, atendiendo al criterio de garantizar la celeridad de la misma, inmediatamente propuesta la acción el juez debe dictar la convocatoria a audiencia y notificar a la institución o persona accionada con la misma, audiencia en la cual los sujetos procesales exponen los argumentos sustento de su tesis, y practican las pruebas consideradas necesarias, ahora es importante, en virtud del principio de tutela administrativa, el accionado cuando se trate de institución pública, debe suministrar la suficiente información sobre el hecho reclamado, de lo contrario se presumen ciertas las aseveraciones del accionante, así mismo en el artículo 86.2 ibídem no exige un requisito de legitimación activa para poder accionar, lo dicho ya fue explicado con anterioridad.

Concluida la audiencia el juez debe dar la resolución de manera oral, en la cual este señalara que medidas adopta para frenar la vulneración, acotando que en cualquier momento se pueden practicar pruebas u ordenar su práctica.

En cuanto a la regulación que establece la LOGJCC señala pues que cuando la acción sea presentada de manera verbal en los lugares donde exista oficina de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

sorteos, se reduce a escrito y el accionante debe consignar su número de cedula, el juez cuenta con hasta 3 días para calificar la acción, notificar a los sujetos procesales y convocar a audiencia, ojo esto debe hacerse dentro de este lapso.

El artículo 39 de la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional señala:

*“Art. 39. Objeto.- La acción de protección **TENDRÁ POR OBJETO** el **AMPARO DIRECTO** y **EFICAZ** de **LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS**, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena...” (Resaltados me pertenecen)*

En cuanto a la regulación que prevee la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dividiremos el presente comentario en cuanto al objetivo y su margen de acción.

En cuanto al objetivo reitera lo señalado en la Constitución, es dar un amparo directo y eficaz a los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales, pero hace una puntualización limitada cuando señala que protege aquellos derechos garantizados en materia de derechos humanos, es errada la posición que plantea el asambleísta, ya que el país es suscriptor de varios instrumentos internacionales, que se encuentran garantizados en la Constitución de naturaleza jurídica diferente a los derechos humanos, tal como la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Adicional de 1967, lo dicho en materia de Derecho Internacional Humanitario, otros son el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, etc.

En el consultorio jurídico de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, se conoció el caso de una pareja de ciudadanos de nacionalidad colombiana que habían sido víctimas de amenazas por parte de grupos



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

irregulares de Colombia, quienes luego de huir de su país solicitaron asilo humanitario en Ecuador, sin embargo las autoridades ecuatorianas de migración negaron dicha petición aduciendo que la misma carecía de pruebas, ignorándose pues por completo la recomendación dada por el Alto comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados,<sup>27</sup> violando el mandato del artículo 417 de la Constitución.

Este es un claro ejemplo de violación de derechos contemplados en un tratado internacional, el derecho internacional humanitario si bien va a la par con el derecho internacional de los derechos humanos, debemos distinguir el escenario jurídico de acción del mismo, por ejemplo el derecho internacional humanitario que protege a personas obligadas a desplazarse a causa de un conflicto bélico etc.<sup>28</sup> por ejemplo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Masacre de plan de Sánchez Vs. Guatemala en el voto razonado del juez A. Cancado Trindade se cita una sentencia dictada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en la cual se determina que el derecho internacional de los derechos humanos entra en conflicto con el derecho internacional humanitario (antinomia), ya que al estallar un conflicto bélico estas normas colisionan en el tiempo, espacio y acción, por tanto aplicando la técnica de la ponderación, se tiene que el derecho humanitario es de mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos.

Luego de ello el mismo artículo aunque redundante en el ámbito de acción, dividiendo a esta por su naturaleza, lo consideramos como acertado, cuando dice que la

---

<sup>27</sup> Se señala que por la condición de refugiado, no se le impone al solicitante de asilo el demostrar sus aseveraciones, sino al estado receptor le corresponde valorar dicha condición analizando objetivamente la realidad del país de origen del solicitante. Véase *“Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo”*, en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1906.pdf?view=1>

<sup>28</sup> Véase, Cancado Trindade, Antonio, Voto Razonado *“Caso Masacre de plan de Sánchez Vs. Guatemala”*, Corte IDH.

<sup>29</sup> Véase en Cancado Trindade, Antonio Augusto, Voto concurrente *“Caso Hilaire Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago.”* Corte IDH.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

misma *“ampara derechos que no estén amparados por otras acciones”*, tal como lo están el Habeas corpus, habeas data, etc.

En esta parte nos limitaremos a citar el procedimiento ya que los supuestos de admisibilidad e inadmisibilidad de la presente garantía serán tratados más adelante.

En el artículo 40 *ibídem*, se señala:

*“Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado...”*

Nuevamente con este artículo vemos la deficiente técnica legislativa, primero el número uno del mismo redunda, ya que ya está señalado el objeto de esta en la Constitución, la vulneración de un derecho constitucional, el número dos insiste, en señalar que dicha violación puede ser por la acción o la omisión, del sujeto pasivo de la garantía, y tres, cuando inexistente otro mecanismo judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Hemos pues tratado hasta aquí de dar un concepto lo más simple y concreto de lo que debe entenderse como garantía dentro del ordenamiento jurídico.

Lo dicho nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

- 1.- Es el mecanismo jurídico, de carácter coercible. (Aunque ineficaz en la práctica, ya que la resolución que la acoge sin que se cumpla de buena fe por parte de la entidad accionada el accionante debe recurrir a la acción por incumplimiento de sentencias).
- 2.- Es un limitante al ejercicio arbitrario del poder, como acción, y es el medio por el cual se exige al poder frenar la omisión de un deber jurídico.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

3.- Cabe recalcar que el objeto de todas las garantías constitucionales, sean jurisdiccionales, normativas o de políticas públicas, centran su accionar en actos que son realizados en ejercicio del poder. Por parte de una entidad u órgano público, una persona que actúa en la prestación de un servicio público sea por delegación o concesión, o de los particulares.

4.- Excluimos los actos políticos como objetos de impugnación por medio de estas, ya que los mismos no tienen una raíz jurídica por tal razón la misma Constitución establece que tales actos no son objeto de impugnación vía acción de protección.

Partiremos de un punto fundamental, el fin ontológico de la acción de protección, el ordenamiento jurídico concebido como una unidad indivisible cumple el rol fundamental de protección de los derechos de los ciudadanos<sup>29</sup> rol con base en estricto respeto a las garantías limitantes del poder del estado son legitimantes de su existencia.

Cada mecanismo jurídico de protección debe estar estructurado y diseñado, para tener una acción simple en cuanto al procedimiento, eficaz y eficiente en cuanto al efecto de su aplicación sea en un caso concreto pudiendo su efecto ser *inter pares*, *inter partes* o *inter comunis*, etc.

Podemos pues ejemplificar el poder de una garantía jurisdiccional como es la Acción de Protección como un escudo limitante al ejercicio arbitrario poder del estado, quien actué por delegación o concesión, y, o particulares, para ello me remito a lo que sostengo en el capítulo primero de este trabajo en la siguiente comparación:

En internet en el canal YouTube circula un video de cuando se dio la Invasión del Ejército Chino en la plaza de Tiananmen<sup>30</sup>, en el cual se observa avanzar a una

---

<sup>29</sup> Véase en Cancado Trindade, Antonio Augusto, Voto concurrente "Caso Hilaire Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago." Corte IDH.

<sup>30</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=A-MTgEpcl-Q>



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

columna de tanques, maquinas cuyo poder avasallante representa al estado, estos avanzan sobre la plaza (espacio abierto), el estado mediante proceder arbitrario invade la esfera de derechos fundamentales, garantizados y sustento de la existencia de la sociedad democrática, frente a la columna de tanques se detiene un hombre desarmado, la garantía en acción sobre el caso que demanda su aplicación, frente a esta la columna de tanques se detiene consecuentemente el poder del estado es frenado a raya, sin más opción, el estado y su actuar arbitrario es limitado por la acción simple, rápida y efectiva de éstas.

Bajo esta premisa me permito explicar que si bien es cierto al menos en teoría la acción de protección en la Constitución en cuanto a la forma es un mecanismo de protección formidable, pero en cuanto al efecto de su aplicación se hace presente y evidente la deficiente técnica del constituyente que elabora la Constitución y el asambleísta que en su momento elaboró la ley, la cual le resta eficacia puesto que le arrebató coercibilidad supeditando el cumplimiento de la sentencia o auto que la acoja a la acción por incumplimiento<sup>31</sup> ante la Corte Constitucional a la cual se debe acudir para que luego del tedioso y demorado proceso de esta, finalmente un juez constitucional ordene el cumplimiento de la misma; Entonces ¿De qué amparo eficaz y directo podemos hablar?

### **2.4 Requisitos de procedibilidad.-**

De manera inconstitucional tanto el legislativo así como los propios jueces de la Corte Constitucional han establecido los requisitos para aplicar la misma, en la constitución en el artículo 86 de manera general se establece el proceso sobre el cual se ejerce la aplicación de las garantías jurisdiccionales invocadas en este capítulo, nos indica que es el proceso sumamente informal, puede ser presentada por escrito o de manera verbal sin que se requiriese del patrocinio de un abogado, presentada la misma el juez de manera **INMEDIATA** convocara a una audiencia en la cual los sujetos procesales sustentan sus posiciones, evacuan o solicitan la

---

<sup>31</sup> Véase sentencia del caso Indulac.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

práctica de pruebas y toma su resolución, ahora en este punto debemos ser enfáticos si bien es cierto el criterio de reparación integral de ninguna manera está supeditado a la exigencia que plantee el accionante, se aleja pues de ese viejo aforismo “**sententia debent conformis libelo**” y el juez como cerebro y boca del derecho, puede ir más allá, buscando que una medida de reparación sea mayor, para ello se guíara por lo ya trazado sea por la jurisprudencia, casos análogos, o por el sano entender del mismo juez lo cual no debe ser confundido con arbitrariedad.

Las causales de invocación de esta garantía que establece la Constitución son:

1. Contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.
2. Cuando la violación proceda de un particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión.
3. Por acción u omisión de autoridad pública cuando suponga esta la privación del goce o ejercicio de un derecho o derechos fundamentales.

Esto es por acción, y cuando se generan estados, es cuando se da subordinación, indefensión o discriminación.

Ahora nos vamos a los presupuestos de Admisibilidad establecidos por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual considero es repetitiva por tanto innecesaria por las siguientes consideraciones:

El artículo 88 de la Constitución de manera clara señala el objeto de la Acción de protección cuando dice: “**Tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos por la Constitución...**”

Ramiro Ávila Santa María, respecto a la estructura de los derechos reconocidos en la Constitución, imperativamente nos remite al artículo 1 de la misma, que reza “El Ecuador **ES UN ESTADO** constitucional **DE DERECHOS** y justicia...”



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El cual lo explica de la siguiente manera:

*“En el estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: (1) la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), (2) las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias( precedentes internacionales), (3) el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio (4) las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, (5) la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma el sistema formal no es el único derecho y la ley pierde la única cualidad de ser fuente del derecho, lo que vivimos en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.”<sup>32</sup>*

Concluimos pues que la Acción de protección ampara aquel derecho reconocido por la Constitución, independiente de su origen jurídico pero siempre y cuando estos tengan rango constitucional, no como erradamente lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que enumera taxativamente a los derechos que esta protege.

## **2.5 Los causales, requisitos de la Acción de Protección para su admisión.-**

Si bien es cierto la Constitución señala que el objeto de la misma es el amparo directo y eficaz de derechos, sin embargo como hemos dicho de manera infeliz el legislador violando garantías constitucionales, esto es la garantía de contenido esencial, le establece límites restándole eficacia y eficiencia, así mismo la Corte Constitucional en poco o nada ayuda a corregir la acción del legislador.

El artículo 40 de la LOGJCC señala:

---

<sup>32</sup> Ávila Santamaría, Ramiro, *“El neo Constitucionalismo transformador”*, 4 Del estado de derecho al estado de derechos., Ed. Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Politécnica Salesiana, Fundación Rosa Luxemburg, , Quito Ecuador, Año 2011, pag.121.





UNIVERSIDAD DE CUENCA

*Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Violación de un derecho constitucional;*
- 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,*
- 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.*

Artículo que lo desmenuzaremos de la siguiente manera: *Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección **SE PODRÁ PRESENTAR CUANDO CONCURRAN LOS SIGUIENTES REQUISITOS**<sup>33</sup>*

La Constitución en su artículo 11.4 establece el límite al legislador, en este caso el legislador rebasa el límite de su potestad e impone una restricción al ejercicio de esta garantía, al emplear el término “*SE PODRA PRESENTAR CUANDO CONCURRAN LOS SIGUIENTES REQUISITOS.*”

En **NINGUNA PARTE** de la Constitución al mencionar las garantías jurisdiccionales y regularlas, el constituyente ha impuesto límites al ejercicio de las mismas, debido a que esto les resta eficacia y eficiencia.

Peor aún establece los requisitos que deban cumplirse para poder presentarla, al respecto reza la doctrina:

*“La vigencia de la Constitución supone su capacidad para normativizar la realidad. Sin embargo, ello de por sí no es siempre la regla, por lo que son necesarios los mecanismos adjetivos de naturaleza parlamentaria, ejecutiva y muy especialmente judicial, para garantizar la vigencia de la Constitución, frente a los actos que atenten contra ella. Es precisamente a*

---

<sup>33</sup> Resaltados me pertenecen.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

*estos últimos mecanismos judiciales, a los que se contrae el Derecho Procesal Constitucional, como garantía efectiva del Estado de Derecho.*<sup>34</sup>

El siguiente requisito es: “Violación de un **DERECHO CONSTITUCIONAL**” (resaltado me pertenece)

Y regresa a lo obvio y ya declarado, la misma tiene por objeto el amparo de un derecho reconocido por la Constitución.<sup>35</sup>

En el número 2 de este artículo se indica como requisito para su procedencia: “Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente...”

Nos limitaremos a comentar este artículo puesto que repite lo señalado en la Constitución.

Y finalmente en el número 3 señala como causal de procedencia de la misma: “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado...”

Ahora retomando el tema objeto de este trabajo, el legislador en el ejercicio de sus funciones tal como le impone la Constitución debe asegurar que su producción normativa de ninguna manera restrinja el acceso a un mecanismo simple, informal, eficaz y eficiente como se supone debería ser la Acción de Protección, cuya existencia y eficacia es vital para la protección de los derechos fundamentales, no por ello pasa por alto su reconocimiento por instrumentos internacionales<sup>36</sup> todos parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

---

<sup>34</sup> Ayala Corao, Carlos M., “*Liber Amicorum*”, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen I, Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos,. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998., pág. 341.

<sup>35</sup> Art. 88 Ibidem.

<sup>36</sup> Véase: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 18; Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2 Num. 3 Lit. A, B y C; Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 25 Núm. 1 y 2.



## 2.6 Improcedencia de la acción de protección

De acuerdo con el artículo 42 de la LOGJCC, la acción de protección no procede cuando:

- 1) No sea posible determinar con exactitud la existencia de una violación a un derecho constitucional;
- 2) Cuando el acto u omisión que causó la violación del derecho haya sido revocado o extinguido, salvo que los efectos de dicho acto u omisión se mantengan en el tiempo y sean susceptibles de reparación;
- 3) Cuando a pesar de que el acto impugnado sea claramente inconstitucional o ilegal, sin embargo esta condición no implique la violación directa de un derecho constitucional;
- 4) Cuando el acto o la omisión pueda impugnarse por otra vía judicial, salvo que se demuestre que la vía judicial no es eficaz para reparar la violación del derecho;
- 5) Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho;
- 6) Cuando se trate de providencias judiciales; y finalmente
- 7) Cuando el acto impugnado tenga naturaleza electoral y pueda impugnarse ante el Tribunal Contencioso Electoral.

La Corte Constitucional de Colombia respecto de la eficacia que debe asegurar la vía ordinaria ha señalado:

*“Así pues, la acción de tutela fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se tiene, entonces, que para que un derecho sea amparable a través de la acción de tutela es necesario que (i) su carácter definitorio fundamental se vea severamente amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto;*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

*(ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales. La acción de tutela es procedente para amparar derechos de carácter fundamental que se encuentran seriamente amenazados, así como derechos meramente asistenciales cuya vulneración compromete gravemente un derecho directamente fundamental...<sup>37</sup>*

El Constituyente de Montecristi tomó el mayor de los retos; el reinventar la estructura jurídica institucional del Ecuador implica sin duda el estricto respeto a uno de los únicos límites al poder del Constituyente, los derechos fundamentales de los ciudadanos los cuales de ninguna manera pueden estar desamparados por las garantías que se estructuran entorno a estos, la balanza (que representa al derecho), sin la espada (coercibilidad) es el derecho en su impotencia...!

Carlos Ayala Corao, respecto de la idoneidad del Amparo como institución jurídica nos enseña, y cito:

*“Este derecho constituye un “estándar mínimo común” para los Estados partes de la Convención Americana, que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial de los derechos consagrados en la propia Convención (además de sus Constituciones y leyes), mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos. Este derecho es en definitiva, una determinación específica, de la obligación internacional asumida por todos los Estados partes de esa Convención, de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.”<sup>38</sup>*

De manera inconstitucional el legislador impone un límite al ejercicio de una garantía enviando al accionante a una suerte de limbo, en el cual este debe demostrar ante el juez que los demás mecanismos de impugnación dados en la

---

<sup>37</sup> T-133-2006, Mp. Dr. Humberto Sierra Porto; <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-132-06.htm>

<sup>38</sup> Ob. Cit, pág. 358.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

vía ordinaria son de mayor eficacia para garantizar la protección demandada, los cuales deben asegurar insisto mayor eficacia que la acción de protección para el fin propuesto, pero la práctica pone en evidencia todo lo contrario, es público y notorio que dada la gran interposición de recursos, así como la falta de personal administrativo y jurisdiccional, es imposible que acudiendo a un mecanismo judicial ordinario se tenga una respuesta rápida y oportuna para el reclamo efectuado, similar caso ocurre con la impugnación ante la propia administración que es lenta en su respuesta.

Estamos en completo acuerdo por ejemplo cuando la Acción de Protección es interpuesta cuando aún existe un proceso administrativo sustanciándose, el juez en este caso si estaría obligado a rechazar la misma a fin de evitar un exceso de poder violándose consecuentemente la seguridad jurídica, pero es inadmisibles en tanto en cuanto el accionado demuestre que el proceso iniciado y que se halle en trámite es eficaz y eficiente en su objetivo, respetando el derecho al debido proceso.

Esto es lo que implica la residualidad de esta, es la imposición de un límite al ejercicio de la jurisdicción constitucional activada por la vía de esta garantía, a fin de evitar el ejercicio excesivo del poder, lo cual subordina a esta garantía al resultado que se tenga de una acción principal.

Luego el trabajador inicia los trámites correspondientes para acogerse a la jubilación por invalidez, en la Institución demandada, pero esta contesta de manera negativa aduciendo que el empleador no ha cancelado rubros correspondientes a la indemnización por este hecho.

Dejamos en claro que el accionado inicia acciones correspondientes para efectuar dichos cobros, pero en resoluciones administrativas se limita a declarar la responsabilidad patronal sin embargo no se dota a estas resoluciones de una motivación que las haga efectivas para su ejecución, tal es así que permite que el empleador presente sucesivas impugnaciones que dada la carga burocrática



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

demora el proceso en la sede administrativa aproximadamente cinco años seis meses.

Ahora se inicia el proceso constitucional en contra del accionado mediante la garantía que comentamos, garantía cuyos argumentos principales son la omisión de garantizar el derecho a una jubilación, derecho a la defensa, buen vivir, etc.

Ahora en la audiencia luego de las exposiciones de las partes, la jueza de la causa, en virtud de que el accionado alegó que ya existe un proceso iniciado, suspende la audiencia a fin de que este adjunte información suficiente sobre el estado del proceso administrativo.

Una vez ya adjunta la información referida la jueza decide aceptar la demanda por cuanto la acción del demandado es ineficaz e ineficiente.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup>Véase caso Ortiz Pacheco Vs. Iess. En [http://www.funcionjudicialzuay.gob.ec/index.php%3Fopcion%3Dcom\\_wrapper%26Itemid%3D102](http://www.funcionjudicialzuay.gob.ec/index.php%3Fopcion%3Dcom_wrapper%26Itemid%3D102)



UNIVERSIDAD DE CUENCA

### CAPITULO III

## LA RESIDUALIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO, Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN .-

Las regulaciones sobre la otra acción de amparo en la Constitución de 1998 establecieron el carácter de residual para esta acción tal como lo indica el artículo 91 Ibidem.<sup>40</sup>

Surge pues dicha residualidad cuando en este plano, el constituyente de la época consideró que el mismo estaba subordinado a vías administrativas o judiciales pues consideraba a estas dotadas de suficientes garantías, dado que por la naturaleza eminentemente cautelar de este, no permitía se revise asuntos de fondo, esto antes de la codificación de la constitución de 1998.

Debido a esto se procedió a reformar la Constitución eliminando la palabra irreparabilidad pasando de ser una acción cautelar a ser una de conocimiento.

La Corte Suprema de Justicia ayuda a corregir el error del constituyente como lo comenta el Prof. Rafael Oyarte Martínez cuando indica:

*“Al efecto, la Resolución No.1 de la Corte Suprema de Justicia residualizaba la acción de amparo al establecer que esta garantía no procede en los casos en que, de manera anterior o simultánea, el accionante haya interpuesto, para hacer valer sus derechos, otra clase de acción distinta a la del amparo. (Artículo 2 letra e) En la resolución No. 2 se modifica el texto, señalando que no procede el amparo cuando “de manera anterior o simultánea, el accionante haya interpuesto, para hacer valer sus derechos, otra acción de amparo, salvo que la anterior haya sido in admitida por defecto de forma” (art. 2, letra e), con lo que se corrigió el error y se reforzó el carácter no residual del amparo.<sup>41</sup>*

---

<sup>40</sup> Constitución de 1998.

<sup>41</sup> Oyarte Martínez, Rafael, “La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina”, Quito, Fondo Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2006, p. 170.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Esto en cuanto a la acción de amparo, al respecto de la Acción de protección su naturaleza es mucho más poderosa que el amparo, si bien es cierto consideramos que es innecesaria la regulación de los presupuestos jurídicos que rigen a la misma por una ley, lamentablemente la Corte Constitucional en principio garante de derechos, al expedir las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, señaló en su artículo 43.3:

*“Artículo 43 numeral 3. Principio de aplicación de las garantías jurisdiccionales.- No subsidiariedad.- No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en perjuicio de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...”*

Resulta evidente el mal criterio de los jueces constitucionales, puesto que en franca contradicción con la Constitución establece una restricción al ejercicio de una garantía, yéndose contra el artículo 11.4 Ibidem.

Lamentablemente la restricción no es de raíz constitucional o legal, es vía resolución del juez constitucional, caso grave e inadmisibles en el estado constitucional de derechos y justicia social.

Esta resolución no da una pauta jurídica estricta que sustente de manera legítima y argumentada el porqué de la postura de la Corte Constitucional al darle un carácter residual a esta garantía rompiendo una interpretación homogénea apartándose del sentido ontológico de la garantía tal como si se pretendiera ir de un punto A al punto c pero saltándose el punto b.

Es indiscutible e imprescindible que para la organización de la sociedad en estado, el establecimiento de límites efectivos al ejercicio del poder por parte de las autoridades que detentan el ejercicio del mismo, mismo que solo puede ser garantizado por efectivos límites, que en caso de ser desacatados, puedan estos





ser garantizados por el juez en salvaguarda del fin y obligación superior de protegerlos.

El estado de ningún modo puede interferir en la esfera de derechos de los ciudadanos sin la previa existencia de circunstancias individuales que legitimen dicha intervención, tal es el caso de la privación de la libertad, o declaración de utilidad pública de un bien propiedad de éste.

En cuanto a la Acción de Protección debemos indicar remitiéndonos pues al articulado constitucional, cuya parte pertinente al señalar su objeto dice “*tendrá por objeto el amparo directo y eficaz...*” norma bastante clara que a diferencia de la Constitución de 1998 subordinaba la acción de amparo a vías secundarias arguyendo su carácter cautelar, sobre el criterio del daño irreparable y la situación de peligro en la que se encontraba el accionante.

Cambiase dicho paradigma anterior en la normativa actual cuando se indica que el objeto del mismo es el **AMPARO DIRECTO** dejando de ser una acción cautelar para convertirse en una acción de conocimiento, las reparaciones son las medidas restaurativas que se adoptan cuando se admite la misma a trámite, mismas que no deben ser confundidas con el carácter de las medidas cautelares.

Esto siguiendo la regla establecida en los artículos 31 de la Constitución en relación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que el derecho de acceder a un recurso ante los tribunales debe ser sencillo, rápido y eficaz en el cumplimiento de sus fines protectores.<sup>42</sup>

Ha señalado la Corte Interamericana de derechos humanos:

*“Sin embargo, existe una dimensión particular, a mi entender de gran trascendencia sustantiva para la tutela de los derechos, que dispone expresamente el propio artículo 25.1 del Pacto de San José, sobre la necesidad de la existencia de “un recurso sencillo y rápido” o bien*

---

<sup>42</sup> Corte IDH, “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin Vs. Trinidad y Tobago.”



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

*“cualquier otro recurso efectivo” que “ampare [a la persona] contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”. El derecho a la protección judicial que ampare derechos fundamentales de naturaleza nacional o convencional constituye un elemento integrador de los derechos para la tutela de los mismos en el ámbito nacional, teniendo un efecto importante en el modelo de control de constitucionalidad y convencional que adopten los Estados nacionales y en su eficacia. Por esta razón se le debe dar al derecho a la protección judicial un tratamiento autónomo que permita entender sus alcances...”<sup>43</sup>*

Ahora centrándonos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano circundante al tema objeto de este trabajo, señalamos el error del legislador al establecer requisitos formales al ejercicio de la Acción de protección, subordinado esta a una supuesta “eficacia”<sup>44</sup> asegurada en las vías ordinarias contraviniéndose expresamente el mandato constitucional.

El amparo de la acción de protección no solo cabe contra actos administrativos contenedores de la voluntad expresa de la administración pública, cabe indiscutiblemente cuando estando obligada, omite actuar, en el caso de negligencia, esta incumple el deber jurídico.

Olvidándose que esta garantía se promueve y estimula ante el juez, **AUTORIDAD ACTUANTE EN VIA JUDICIAL.**

### **Conclusiones al respecto.-**

Como conclusión diremos que la residualidad de esta garantía únicamente se aplica cuando ya existe una vía administrativa o judicial para efectuar el reclamo, puesto que no existir tal, resultaría absurdo hablar de residualidad ya que esta es la única opción.

---

<sup>43</sup> Véase voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Liakat Ali Alibux vs. Suriname*,” de 30 de enero de 2014.

<sup>44</sup> LOGJCC Art. 42.4



Ya en cuanto a una impugnación en la vía judicial no podemos hablar de residualidad, ya que el juez en ejercicio de la potestad jurisdiccional es un juez garante, encargado de velar por la rápida eficaz y eficiente aplicación de justicia al menos en teoría...

El Prof. Jorge Zavala Egas al respecto nos enseña: *“No es una Acción subsidiaria porque no hay la obligación de ejercerla solo cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y no se ha logrado la reparación buscada en esta...”*<sup>45</sup>

Por tanto respecto al concepto de residualidad concluimos que esta medida es tal en los siguientes casos:

1. Es residual solo con el fin de evitar el exceso de poder que se genera mediante la misma, cuando se pretenda invadir competencias previstas conferidas a los recursos impugnatorios previstos en las vías administrativas de impugnación correspondientes.

Podemos citar el caso que comenta el Prof. Zavala Egas<sup>46</sup> al analizar el proceso de “Ex trabajadores tercerizados Vs. CN.” Estos mediante el uso de la misma, piden se reconozca en sentencia en una condición jurídica similar a la ya reconocida por el Ministro de Trabajo en el caso “Holcim”, que ha decir de estos se debió considerar como precedente administrativo.

Señalan los demandantes que la omisión de dicho deber, ocasionó en contra de esta discriminación de su derecho a la igualdad, misma que en similares condiciones debe ser solventada por el juez.

¿Cuándo surge el exceso de poder?

Cuando el juez declara, que la autoridad demandada violo el derecho a la igualdad de los demandantes puesto que era obligación del accionado acatar el

---

<sup>45</sup> Zavala Egas, Jorge, *“Teoría y práctica procesal constitucional,”* EDILEX S.A, Lima Perú, Año 2011. Pág. 163.

<sup>46</sup> Obra citada.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

precedente administrativo del caso Holcim; Pero este en el sistema jurídico ecuatoriano no se haya reglado.

No existe discriminación por cuanto como indicamos no está reglada la figura del precedente administrativo en nuestro país, aquí los accionantes buscan y consiguen que un juez en el ejercicio de una potestad, lleve el ejercicio del poder jurisdiccional conferido por esta garantía más allá de los límites previstos por el ordenamiento jurídico, por tanto hacen que este actué violando la seguridad jurídica.

2. Cuando dentro de un proceso administrativo en trámite, se haya demostrado que el actuar de la administración es eficaz y eficiente en la consecución y protección del fin legítimo y jurídicamente amparado por la Constitución.

Única y exclusivamente en estos casos considero pues es correcto hablar de residualidad de esta garantía.

### **3.1 Análisis de la reparación.-**

La reparación integral puede ser concebida como un mandato de optimización para las garantías constitucionales, en razón de que profundiza su alcance y maximiza la protección de derechos que poseen trascendencia tanto en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos como en el del derecho constitucional. La relevancia que adquiere en el campo de las garantías eleva a este acto jurídico al rango de principio<sup>213</sup> y, por consiguiente, adquiere la función orientadora para el deber ser de la justicia restaurativa. La reparación integral es introducida en el ordenamiento ecuatoriano conforme al modelo garantista de la Constitución de 2008 y bajo las luces de la doctrina y jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Constitución de 2008 la establece taxativamente en el artículo 86, por tanto, adquiere directa aplicabilidad dentro del ordenamiento ecuatoriano al convertirse



en un mandato constitucional que expresa el deber de las autoridades judiciales de establecer las medidas de reparación. En ese sentido, la reparación integral es el fin último del proceso constitucional que implica la perfección de la garantía de derechos.

El establecimiento de medidas de reparación integral constituye, por tanto, una actuación judicial fundamental que ofrece un sentido más amplio a la protección de derechos fundamentales. Por esta razón, esta debe ser expresada con singular énfasis en las resoluciones de acciones de protección que tienen por objeto garantizar el goce de los derechos. Al constituirse en principio constitucional de garantías jurisdiccionales, su respeto conforma un parámetro de análisis obligatorio en las resoluciones judiciales, por lo que es importante aclarar las bases conceptuales que orientan este estudio. El artículo constitucional 86, que encabeza las disposiciones comunes inherentes a las garantías jurisdiccionales, en el numeral 3 establece que:

[...] La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Además, este principio se extiende a la materia penal en la que la reparación de las víctimas siempre deberá hacerse en forma integral, así lo dispone el artículo 78 de la Constitución:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que Tutela judicial efectiva y acción de protección incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de



la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado [...].

Es el resarcimiento al accionante por el mal inducido, al principio de este trabajo indicamos que no existe un criterio que estrictamente obligue al juez a tomar la pretensión del accionante como medida de reparación, si bien es cierto esta regla se rige sobre el reclamo que este hace, y las medidas que este exige se apliquen como reparación.

Misma que es:

*“Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores...”<sup>47</sup>*

Pero el juez cuando se encuentra investido de esta potestad constitucional para resolver el asunto litigioso que es puesto en su conocimiento, no tiene un límite para adoptar un criterio de cómo debe darse la reparación, recordemos que este aplica el principio *“iura novit curia”* puede y está obligado de hecho a aplicar normas jurídicas así estas no hayan sido invocadas por el accionante a fin de mejor resolver la pretensión de este, como dijimos a su sano entender y criterio.

Que si bien es cierto no debe alejarse de casos similares, toma como referencia la jurisprudencia contante sea esta nacida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o de tribunales locales.

*La prevalencia del principio de reparación integral frente otros principios procesales reside, principalmente, en la finalidad suprema de la reparación integral en función de otro principio de rango constitucional e internacional, como es el*

---

<sup>47</sup> Véase [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_92\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.doc) sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia” Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas)



*principio pro homine. El acto jurídico de reparación tiene como efecto principal la perfección de la garantía de derechos fundamentales, y su reconocimiento es de gran importancia para el constitucionalismo moderno en razón de la doble dimensión que comporta, pues la vulneración de los derechos ya no concierne solo al individuo y su entorno, sino también se configura como algo que puede llegar a afectar a la colectividad en general. La reparación prevista por el ordenamiento ecuatoriano, más que centrar la atención en quien ocasiona la vulneración se preocupa de la persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, cuyos derechos han sido lesionados; jurídicamente esto implica un cambio de paradigma de la Constitución de Montecristi, que pasa de un concepto de responsabilidad subjetiva a uno de responsabilidad objetiva con todas las implicaciones que esto determina*

### **3.2 El fin de la Acción de protección y la Medida cautelar.-**

En la Constitución de 1998, la acción de tutela de los derechos, llamada recurso de amparo, tenía en teoría un carácter preferente, sumario y mixto, es decir, cautelar y reparatorio a la vez. Se podía utilizar para evitar la vulneración de un derecho fundamental como también para reparar el daño causado.

De acuerdo con el artículo 95 de la derogada Constitución de 1998, la acción de amparo tenía por objeto cesar, evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de la vulneración de un derecho fundamental.

Este cambio normativo como se ve no es solo de nombre, sino que existen fundamentales diferencias entre una y otra institución: mientras que la acción de amparo es mixta, la acción de protección es reparatoria; el recurso de amparo busca la suspensión temporal o definitiva del acto impugnado, la acción de protección logra la reparación integral del daño causado. El amparo es un recurso, la protección es una acción; el amparo tiene una estructura esencialmente administrativa, la acción de protección es típicamente jurisdiccional y constitucional. El amparo termina con resoluciones, la protección con sentencias;



el amparo solo procede cuando el daño es grave e inminente, actual y directo lo que no ocurre con la protección donde lo importante es la relevancia constitucional de la violación.

Es primordial establecer esta diferenciación por cuanto por el efecto o el fin si bien es cierto tienen un rango constitucional, la medida cautelar no es una garantía jurisdiccional, su carácter en si es similar a una providencia preventiva regulada en el derecho procesal civil común o las medidas cautelares reguladas en el derecho penal.<sup>48</sup>

Los requisitos de la medida cautelar para su procedencia son los siguientes:

1.-La existencia de una demora en el reclamo "*Periculum in mora*" o peligro en la demora.

Basados, pues en la naturaleza jurídica de una medida cautelar estas son medidas accesorias que no conocen de ninguna manera el asunto de fondo, por su naturaleza descrita, sobre esto no volveremos a comentar, puesto que ya ha sido tratado en puntos anteriores.

2.-La invocación del "*Fumus bonis iuris*" o apariencia del buen derecho.

El ¿Por qué? de esto, nos lleva a la primera causa de procedencia, el juez cuando conoce la petición de medidas cautelares, **NO CONOCE EL ASUNTO PRINCIPAL DEL HECHO**, le está vedado dada la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, por tanto únicamente se limita al objeto de esta, el cual es analizado con plena objetividad y si lo considera necesario puede convocar a una audiencia y resolver si da o no paso a la medida.

3.-Que sea un peligro inminente y grave.

---

<sup>48</sup> Guarderas, Santiago, "*Medidas cautelares en procesos constitucionales*", Cevallos editorial jurídica, Quito Ecuador, Año 2014.





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Reiteramos y tal vez este es el único punto con el cual el objeto de estas converge con el de la acción de protección pero por la gravedad e inminencia de la vulneración de derechos.

En cuanto a la acción de protección diremos que esta es una acción de conocimiento, mientras que la medida cautelar es eminentemente precautelatoria, no se conoce el asunto de fondo.

El efecto de la medida cautelar es provisional, hasta que se resuelva el asunto de fondo, o hasta que se extingan los hechos que la originaron.

La medida cautelar no produce efecto de cosa juzgada, a diferencia de la acción de protección, la resolución que acoge esta sí produce dicho efecto.

El principio del contradictorio es de vital importancia en el derecho procesal, pero el fin ontológico de esta medida es por su naturaleza propia el precautelar, no se resuelve en audiencia porque el notificar a la parte contraria, frustraría cualquier eficacia que la misma pueda tener en el asunto que se pretende aplicar.

De ahí el requisito del "*Fomus bonis iuris*" y su importancia vital para el juez, a quien de buena fe debe indicársele la petición de medida de manera clara y objetiva.

### **3.3 La residualidad de la acción de protección.**

#### **3.3.1 A manera de prefacio.-**

Finalmente en esta parte abordaremos la problemática de si ¿Debemos o no? entender si existe residualidad de esta garantía.

A lo largo de este trabajo hemos abordado, o al menos hemos intentado de alguna u otra manera poder explicar el fenómeno característico de una garantía, su vital rol que desempeña está dentro de un estado democrático sujeto al derecho, si bien es cierto tal como lo señalamos no podemos dejar de reconocer el innovador carácter y la estructura jurídica de la acción de protección no es menos cierto que



la misma ha quedado chica, en sus primeros años de vida jurídica hizo que esta garantía prácticamente termine por acorralar al mismo estado...!

El Presidente de la Republica públicamente ha declarado que esta garantía se ha prestado para abusos por parte de los administrados,<sup>49</sup> pero desde ya debemos sostener que esta es una postura absolutamente falaz, que debemos criticar enérgicamente desde varios puntos, el primer argumento es que se indica que el uso de esta garantía es solo para el abuso, lo cual es de lleno completamente falso, ya que todos los ciudadanos o colectivos, que consideren que sus derechos han sido vulnerados por una acción u omisión tienen la facultad a recurrir ante los jueces competentes y en uso de las garantías establecidas por el ordenamiento jurídico reclamar ante estos la protección y reparación de sus derechos considerados vulnerados por parte del poder, este es el sentido ontológico del derecho, de lo contrario las leyes contrarias o restrictivas de derechos son todo menos leyes.<sup>50</sup>

El segundo argumento es que la misma Constitución establece el principio de **PROGRESIVIDAD**<sup>51</sup> de las garantías y derechos establecidos y reconocidos por esta, haciendo por tanto de todo intento de regresión de los mismos, desde ya, un acto de ejercicio arbitrario del poder, contrapuesto directamente con los instrumentos del sistema interamericano de derechos ni siquiera el propio constituyente está facultado para reformar o enmendar mecanismos jurídicos que establezcan límites o condicionantes para el ejercicio de una garantía, puesto que tal como reiteramos a nivel de este sistema supra legal el estado se compromete a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos sea de

---

<sup>49</sup> <http://www.elciudadano.gob.ec/rafael-correa-la-enmienda-a-la-constitucion-garantizara-los-derechos-ciudadanos/>

<sup>50</sup> García Ramírez, Sergio, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Caso Tristán Donoso vs. Panamá*", del 27 de enero de 2009.

<sup>51</sup> Arts. 84 y 11.4 Ibidem.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

manera directa o por medio de mecanismos jurídicos que garanticen su efectiva aplicación, este es pues el único límite implícito al poder del constituyente.<sup>52</sup>

Estamos pues ante una cláusula de carácter pétreo, lo cual hace inalterable su contenido de forma y fondo, frente a la cual la intromisión del estado es ilegal e ilegítima, como hemos dejado señalado ni siquiera el propio constituyente puede establecer restricciones a estos mecanismos jurídicos, el estado es uno solo y su personalidad a nivel del derecho internacional público es continua por tanto no lo exime de acatar estas normas que ha suscrito y forman parte de su ordenamiento jurídico,<sup>53</sup> peor aun cuando han sido las leyes creaciones posteriores al ser humano, radicando pues en este último su razón y fin último.

En una sociedad democrática es de vital importancia para la existencia de esta, el respeto a las instituciones jurídicas establecidas desde el más alto al más bajo estrato social, el cual solo es logrado a través de un equilibrio existente entre los poderes que institucionalizan el concepto de estado.<sup>54</sup>

Esta garantía en sus primeros años de vida fue huérfana de un desarrollo doctrinario o jurisprudencial tal vez atribuible a un pragmatismo jurídico muy arraigado en el mundo jurídico, y con esto nos referimos a la otra acción de amparo constitucional, acción que como ya hemos dejado sentado mantenía un carácter eminentemente preventivo, es cierto pero esto tuvo su origen en esa ingeniería jurídica de la Constitución de 1998, con la Constitución de Montecristi cambia el modelo,<sup>55</sup> que en sus primeros años de vida permitió que indiscriminadamente se emitan sentencias contradictorias sobre los mismos casos, lo cual evidentemente hizo sea imposible su ejecución, esto hasta la

---

<sup>52</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia “*Caso Castillo Petruzzi Vs. Perú*” párrafos 204, 205, Sentencia de 30 de mayo de 1999 Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>53</sup> Véase en Convención de Viena Sobre el derecho de los tratados, Arts. 26 y 27.

<sup>54</sup> Trujillo, Julio Cesar, “*El silencio ante un atropello es imposible. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Julio César Trujillo*”, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, Quito-Ecuador, año 2012.

<sup>55</sup> Bhrunis Lemaire, Roberto, “*Sentencias constitucionales: Análisis, ponencias y decisiones de un juez*”, Editorial jurídica Cevallos, Quito Ecuador, año 2011.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

emisión de la sentencia N° 001-10-PJO-CC de fecha 22 de diciembre de 2010 y publicada en el registro oficial en fecha 29 de diciembre de 2010, sentencia que estableció en el derecho judicial ecuatoriano el principio <<*stare decicis et quieta non moveré.*>>

Finalmente la Corte Constitucional<sup>56</sup> al resolver sobre los pedidos de enmiendas al respecto de la Acción de Protección realiza un interesante análisis sobre el objeto directo, estructura, etc. sobre la Acción de protección, algo que lo consideramos importante y por tanto lo transcribimos como anexo íntegramente la parte pertinente de dicha sentencia:

A pesar de todo ello, no deja de ser lamentable la realidad en la que vivimos, el legislador hacedor de leyes con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales ata de manos al juez, limitando su labor y supeditándola a argumentos políticos más que jurídicos, tal como lo veremos a lo largo de este capítulo.

### **3.3.2 ¿Una acción directa o residual?.-**

La acción de protección está íntimamente conectada al amparo de derechos constitucionales, y no de orden legal u ordinario. Bajo esos parámetros, resulta innecesario someter al afectado al agotamiento de recursos judiciales o administrativos. Cada proceso tiene su propia naturaleza, su propio ámbito de protección, su propio fin, y es deber de la justicia constitucional y ordinaria determinar a partir de sus fallos las circunstancias bajo las cuales cada una de ellas debe operar.

La residualidad, como se mencionó previamente, no es un tema novedoso en el ámbito ecuatoriano, dicha modalidad ya fue experimentada con la antigua acción de amparo constitucional.

---

<sup>56</sup> [http://especiales.elcomercio.com/documentos/2014/11/Sentencia\\_Corte.pdf](http://especiales.elcomercio.com/documentos/2014/11/Sentencia_Corte.pdf), Sentencia de fecha Quito, 31 de octubre de 2014.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Debe quedar constancia, que ante la lógica del paradigma constitucional de derechos y justicia, el papel del juez no es mecánico, como si sucedía en el Estado liberal, se trata de un juez activo, creador de derecho, y por tanto, cualquier regulación de índole legal que restrinja el ámbito de su actuación sería atentatoria al artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

Una garantía se torna deficiente, cuando opera solo en casos excepcionales; cuando se trata de violaciones graves e inminentes a derechos que sean (garantía cautelar) o cuando no exista otra vía para repararlos (garantía subsidiaria). Por eso el llamado de Bobbio para evitar las discusiones sobre los fundamentos de los derechos, cuando ya están reconocidos y pensar en la forma eficaz de garantizarlos.<sup>57</sup>

No pretendemos redundar sobre este aspecto mismo que ya fuere tratado en líneas anteriores, en este espacio la temática de este tema se centrara en algunas de las resoluciones de la Corte Constitucional ecuatoriana; por ejemplo en el fallo SENTENCIA N°0016-13-SEP-CC a este órgano le toco resolver sobre una acción extraordinaria de protección, interpuesta dentro de un proceso judicial de Acción de protección, acción en la cual el fundamento principal fue una discordia entre la Ley Orgánica de Servicio Público y el Decreto Ejecutivo 813.

El juez concedor de la causa en primera instancia rechaza esta garantía, señalando en sentencia *«la pretensión de los accionantes, tiende a que el juez constitucional, resuelva un conflicto que no entra en la esfera constitucional y que conforme al numeral 4 del art. 42 de la LOGJCC, claramente estipula la improcedencia de la acción de protección, que como en el caso de estudio puede ser impugnado en la vía judicial»* sentencia que es ratificada por el superior. Frente a este problema jurídico la Corte Constitucional al desechar esta acción, señaló:

---

<sup>57</sup> Norberto Bobbio, "La era de los derechos", en *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 154



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

“Las reclamaciones respecto a las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública que contravengan normas legales son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Con la finalidad de salvaguardar los derechos a la igualdad formal y material, y seguridad jurídica de las personas; cuando se demande una presunta antinomia entre normas de rango infra constitucional deberá acudir al recurso de anulación u objetivo como el mecanismo jurisdiccional ordinario pertinente e idóneo propio de la jurisdicción contencioso administrativa para atender dicha problemática conforme lo ha resuelto la Corte Constitucional en la sentencia N° 003-13-SIN-CC, casos 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN acumulados. Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso, y seguridad jurídica, evitando la superposición entre mecanismos jurisdiccionales previstos en la Constitución, esta regla tendrá efecto para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado...”

Ahora analizando este fallo con la mayor objetividad como es humanamente posible señalamos que, primero la Acción de Protección está establecida contra todo acto de autoridad pública, recordando a maestros como Jorge Zavala Egas o Eduardo García de Enterría,<sup>58</sup> todo acto de la administración pública es manifiesto de diferentes formas siempre dependiente del tipo o situación jurídica frente a la cual se esté tal es así que el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva erróneamente al definir el acto administrativo señala “Es **TODA DECLARACIÓN UNILATERAL** *efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa...*” (Resaltado me pertenece).

---

<sup>58</sup> Zavala Egas Jorge, “Lecciones de derecho administrativo.” Edilex S.A., Lima-Perú, Año 2011.

García de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández, Tomas, “Curso de derecho administrativo., Vol II.” S.L. Civitas Ediciones, Madrid, año 2014.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

La voluntad de la administración pública se manifiesta no solo a través de los actos administrativos, lo hace también a través de los contratos, reglamentos, hechos administrativos, etc. por tanto la sentencia en la parte dispositiva la entenderemos única y exclusivamente.

La sentencia cuando señala “*reglamentos, actos y resoluciones*” peca de imprecisa en delimitar el alcance a la interpretación que debe darse, puesto que existen varios tipos de reglamentos administrativos siendo estos los de ejecución destinados a aplicar las normas jurídicas orientadoras para los funcionarios o servidores públicos, los orgánico funcionales destinados pues a estructurar la organización y funcionamiento de los servicios públicos y los reglamentos autónomos son los que permiten que el jefe de gobierno los dicte en virtud de una facultad para reglar derechos y atribuciones, tal es el caso del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.<sup>59</sup>

Los actos en sentido jurídico, son toda exteriorización manifiesta de la voluntad de un sujeto, órgano o ente con capacidad para crear efectos jurídicos, en este caso reglados por el derecho público, estos se dan en los hechos administrativos que son los efectos producidos o derivados de un acto, los reglamentos administrativos que son actos destinados a normar jurídicamente, y los contratos administrativos que son los acuerdos de voluntades entre la administración pública y otro sujeto con capacidad jurídica de obrar, el cual produce efectos jurídicos entre las partes.

Las resoluciones son **ACTOS ADMINISTRATIVOS**. Por antonomasia puesto que estos son continentes de la voluntad de la administración, que deciden sobre derechos fundamentales. Tal es el caso por ejemplo que la Junta Distrital de Resolución de Conflictos en ejercicio de sus potestades punitivas en materia de educación, resuelve luego de declarar la responsabilidad del administrado,

---

<sup>59</sup> Véase en Chalco Salgado, José, “*La facultad reglamentaria del ejecutivo Atribuciones, intensidad, problemas del ejercicio y control*”, primera edición, Cuenca 2015, pág. 44.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

imponerle una sanción prevista por ley. Esta es un acto administrativo indiscutiblemente, que produce efecto jurídico que determina una responsabilidad.

Caso similar sucede con un acto administrativo que declara de utilidad pública a un bien inmueble, los actos administrativos contienen resoluciones que imponen un mandato jurídico.

Estos son indiscutiblemente objeto de la acción de protección, sin embargo la Corte Constitucional no los establece con claridad y precisión, y al contrario señala que estos deben ser impugnados en exclusividad ante la sede contencioso administrativo con el objeto exclusivo de evitar la superposición de los mecanismos jurídicos, lo cual es un argumento falaz.

La Corte constitucional si bien se aparta de esta línea jurisprudencial<sup>60</sup> corrige dicho error en su sentencia al resolver sobre el pedido de enmiendas planteadas por el legislativo, el cual ha sido citado y comentado en este trabajo.

Ahora, citamos un interesante caso cuyo patrocinado en el Consultorio jurídico de la Universidad de Cuenca,<sup>61</sup> al resolver sobre la Acción de Protección como mecanismo de protección directa, la juez de la causa señaló en uno de los considerandos de la sentencia:

*“Nuestra Constitución concibe a la acción de protección: Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos y omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si*

---

<sup>60</sup> [https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/gaceta\\_001.pdf](https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/gaceta_001.pdf)

<sup>61</sup> Ibidem, pág. 10





## UNIVERSIDAD DE CUENCA

*actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.” Vista así es una acción que ampara y garantiza jurídicamente en forma directa y eficaz los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los Tratados internacionales de derechos Humanos cuando fueren vulnerados por actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, por políticas públicas o por personas particulares posibilitando que sea una realidad el “Estado constitucional de derechos y justicia”, conforme establece el Art. 1 de nuestra Constitución, una realidad efectiva y plena para todos ciudadano cuyos derechos constitucionales haya sido conculcados, el objeto de la acción es amparar en forma directa y eficaz los derechos reconocidos por la Constitución, radica en tutelar los derechos de las personas y ampararlas de la arbitrariedad de la autoridad pública, protegiendo un derecho impidiendo que nada ni nadie lo vulnere, y cuando ha sido vulnerado reparando en forma inmediata el daño causado, corresponde por lo tanto a la Jueza analizar si los derechos constitucionales del accionante han sido quebrantados, irrespetados, si se los ha negado en forma total o no se los ha reconocido en forma íntegra causándole daño...”<sup>62</sup>*

Ante la interposición del recurso de apelación, el tribunal superior en este caso sigue este mismo lineamiento, pero con diferente e igual de interesante argumentación, y señaló:

*“QUINTO: MARCO CONSTITUCIONAL: Nuestra Constitución en el artículo 88, establece que: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona*

---

<sup>62</sup> Juzgado Primero de Garantías penales, Dra. Jenny Ochoa Chacón, Sentencia: 2012-1981 Cuenca, 18 de Julio del 2012.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

*particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.” De ahí que es fundamental establecer el alcance de esta acción como garantía constitucional que para la procedencia de la acción se requiere: a) La vulneración de derechos constitucionales; b) El acto u omisión de autoridad pública no judicial. La acción de protección fundamentalmente constituye un derecho que se otorga a la persona para acceder a la autoridad designada para que tome las medidas conducentes para proteger los derechos fundamentales, constitucionalmente garantizados y consignados en la Carta Magna. Consecuentemente es un derecho y una garantía que se efectivizan a través de esta acción; toda autoridad o funcionario público debe actuar dentro de los límites que establece la Constitución y la ley. Del texto constitucional, el Título II, Derechos, Capítulo Primero, Principios de aplicación de los derechos, Art. 11 numerales 4, 5 y 9, se conoce que los derechos establecidos en la constitución a favor de personas, son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, y que los mismos serán progresivos y que cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, es inconstitucional. Incluso en la Jurisprudencia tenemos que la Primera Sala No1361-07-RA, R.O.No 103.17.02.2009, Pag.31-32 Edición Especial, Según los “ Apuntes sobre la Justicia Constitucional “ de Rafael Luciano Pichardo y José E. Hernández Machado “La justicia constitucional procura, esencialmente, la preservación de los derechos individuales constitucionalmente protegidos y de la organización política del Estado, incluyendo el ejercicio de las funciones que atribuye la Ley Fundamental a los órganos creados por la misma para su fiel cumplimiento y aplicación, lo que trae consigo el debido control y vigilancia de la supremacía de la Constitución, en todos los órdenes”. En la alegación de improcedencia de la acción dice el accionado que no se ajusta a los elementos establecidos en el Artículo 88 de la Constitución, ni a los hechos en esta acción alegados.*



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

*Además, en cuanto que no cabe la presente acción, porque el acto administrativo puede ser impugnado en otra vía, al respecto vale citar la sentencia del Tribunal Constitucional: del 25-X-2001 (Caso No. 458-2001-RA, Segunda Sala, R.O. 465, 30-XI-2001): "CUARTO.- La Carta Política de nuestro país, al igual que la de toda la comunidad de países, brinda a todos los ciudadanos instrumentos procesales destinados a la protección y garantía de los derechos humanos. El constitucionalista Juan Zarini Helio, en su obra 'El Derecho Constitucional', Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 521, señala que las Constituciones '...ponen al alcance de los afectados, las vías y medios efectivos, rápidos y eficaces, a fin de que los órganos jurisdiccionales deparen tutela oportuna, que haga realidad el ejercicio de los derechos constitucionales'. La acción de amparo constitucional es el instrumento jurídico oportuno de defensa y protección frente a los excesos de la autoridad que violenta derechos subjetivos garantizados por la norma sustantiva o constitucional; es llamada acción porque no tiene un precedente jurídico; puede ser ejercitada por cualquier persona a efecto de que a través de ella, se adopten medidas urgentes para suspender provisionalmente el acto actual o inminente que afecta o pone en peligro los bienes protegidos por la Constitución, y a través de su resolución disponer el que se eviten, cesen o sean reparados los derechos ciudadanos conculcados; ello no obstante tener el afectado la posibilidad de recurrir por la vía judicial, que bien conocemos sujetarse a ella, implica una larga y costosa tramitación, mientras que a través de este procedimiento especial, por ser ágil y eficaz, y basado en los principios de preferencia y sumariedad, se pretende proteger de manera inmediata cualquier lesión actual o posible de los derechos constitucionalmente reconocidos. Estos fundamentos han sido recogidos por el Tribunal Constitucional, señalando que el amparo constitucional no es un recurso residual o que procede una vez que se han agotado todas las vías o procedimientos ante otros jueces e instancias."(Lo negro es nuestro). Con lo citado evidentemente no queda duda de que no cabe aquello de agotar la vía administrativa. SEXTO.- Análisis de la Sala, es evidente que el*



UNIVERSIDAD DE CUENCA

*Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, está violentando el derecho Constitucional a la Jubilación (art.37 numeral 3), al accionante, en base al argumento de que el empleador se encuentra en mora, pues, ese proceder es atribuir la responsabilidad de un tercero (empleador incumplido) al jubilado, lo cual no tiene cabida en un derecho constitucional que se ve violentado por la argumentación sostenida por el IESS, creando como consecuencia de ello violación de otros derechos, como serían la seguridad jurídica (Art. 82 Constitución), pues, con el criterio vertido, se comenzarían a descartar derechos constitucionales por simples resoluciones o reglamentos de la instituciones, y con el agravante de ni siquiera por la responsabilidad del jubilado o del interesado si no de terceras personas, cuando son los organismos del Estado los llamados a respetar y aplicar la constitución ( art. 424), convirtiéndose en otro derecho violentado. Y lo que es grave han pasado más de cinco años y no se le concede su jubilación, con lo cual se violenta sus derechos a recibir la misma, colocando en indefensión e inseguridad jurídica al accionante...<sup>63</sup>*

Por tanto vemos que la aplicación directa de esta garantía no solo es de mero enunciado, si no es de vital importancia, pues solo así es posible la defensa efectiva de derechos reconocidos por la Constitución, no regidos por control de legalidad, esta es la intención originaria del constituyente para la aplicación práctica de la Acción de protección.

En este caso los jueces se apartan de la línea jurisprudencial trazada en la sentencia dictada por la Corte Constitucional, puesto que la interpretación que da a los mecanismos jurídicos los asemeja de manera errada a medios impugnatorios o remedios procesales, sin efectuar mayor análisis, y en el caso sub judice los jueces en su interpretación la ven ya por el objetivo que esta persigue como institución jurídica.

---

<sup>63</sup> Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, AP N° 194-2012 Conjuez Ponente: Dr. Víctor Llerena Cuenca, 29 de agosto de 2012.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

La acción de amparo constitucional en la práctica, quedó equiparada a una acción ordinaria, y no cumplió con el objetivo para el que fue implementada en el sistema constitucional ecuatoriano, es decir, ser una garantía constitucional de derechos fundamentales o constitucionales.

En relación a la Constitución vigente, ésta marca diferencias considerables con respecto a la Constitución de 1998. Entre ellas, se puede observar la implementación y reconocimiento de nuevos derechos de rango constitucional. Si bien la Constitución vigente no adopta la denominación tradicional que utilizaba la Constitución de 1998, para referirse a aquellos derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos, no deja de reconocerlos y garantizarlos.

La acción de protección es una de las garantías jurisdiccionales que tiene como objeto fundamental el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.<sup>40</sup> Con respecto a la justiciabilidad directa de los derechos previstos en la Constitución, ésta se encuentra garantizada en el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución vigente.<sup>41</sup> Con dicha disposición, se aclara aún más, que todos los derechos previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, (incluidos los derechos económicos, sociales y culturales) son directa e inmediatamente aplicables y justiciables vía acción de protección.

Cabe señalar, que la acción de protección, a diferencia de la acción de amparo constitucional, más allá de ser un mecanismo idóneo para la protección de derechos violados por una autoridad pública o particulares, procede también con respecto a políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de derechos constitucionales.

Como quedó evidenciado, la acción de amparo se convirtió en un proceso de control prioritario de legalidad y no de constitucionalidad, con respecto a la acción de protección, el constituyente suprimió el elemento de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

“ilegitimidad”, de los presupuestos para su admisibilidad. Dicha acción, concentra su análisis en la violación a derechos constitucionales y no en el análisis de la ilegalidad o ilegitimidad de un acto.

La residualidad no se ha convertido en el mecanismo más adecuado para tratar y lo más importante dar una solución real y de fondo que es la parte que ha aquejado a las garantías de derechos fundamentales no solo en el Ecuador sino de toda Latinoamérica.

La ordinarización, es un tema que debe ser tratado de una forma muy primordial, y por ello, es necesaria la implementación de filtros, pero constitucionalmente válidos y compatibles con una nueva realidad constitucional.

Es preciso para evitar la grave desnaturalización y ordinarización, de la cual fue objeto la acción de amparo constitucional, es importante, dotar a los jueces constitucionales de conocimientos y herramientas que les permita identificar cuándo un derecho puede ser considerado como fundamental, y por tanto, impugnado mediante vía acción de protección, y cuando el derecho es ordinario e inherente a la jurisdicción ordinaria.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## BIBLIOGRAFÍA

Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *“Derecho penal parte general”*, Ediar, Sociedad anónima editora, comercial industrial y financiera, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Tratamiento del Delincuente, la Università degli Studi di Bologna (sede de Buenos Aires) y la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires Argentina, año 2000.

Andrade Santiago\ Grijalva Agustín\ Storini Claudia, *“La nueva Constitución del Ecuador, estado derechos y garantías”* Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, año 2009.

Ayala Corao, Carlos M., *“Liber Amicorum”*, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen I , San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

Ayala Mora, Enrique; *“¿Por qué la asamblea constituyente? Derrotar al autoritarismo con un gran acuerdo nacional.”*, Ediciones La tierra, Quito, año 2015.

Ávila Santamaría, Ramiro, *“El neo Constitucionalismo transformador”*, Ed. Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Politécnica Salesiana, Fundación Rosa Luxemburg, Quito Ecuador, Año 2011.

Ávila Santamaría Ramiro; Editor. La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado: Quito, Ecuador, 20081ra. Edición: noviembre 2008 SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS NEO CONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD.

Ávila Santamaría Ramiro, Grijalva Jiménez Agustín y Martínez Dalmau Rubén. Editores. Desafíos constitucionales; La Constitución ecuatoriana del 2008 en



UNIVERSIDAD DE CUENCA

perspectiva. Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171) Quito, Ecuador, 2008 1ra. Edición: octubre 2008.

Benavides Ordóñez, Jorge, coord. Manual de justicia constitucional ecuatoriana. Jorge Benavides Ordóñez; Jhoel Escudero Soliz, coords. 1.<sup>a</sup> ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013. (Cuadernos de trabajo, 4)

Bhrunis Lemaire, Roberto, *“Sentencias constitucionales: Análisis, ponencias y decisiones de un juez”*, Editorial jurídica Cevallos, Quito Ecuador, año 2011.

Cabanellas, Guillermo. *“Diccionario de Derecho Usual”*, Buenos Aires, Tomo I, 10ma. Edición. Edit. Heliasta S.R.L.

Cançado Trindade, Antonio, *“El derecho internacional en un mundo en transformación”*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002.

Cançado Trindade, Antonio, *“Doctrina Latinoamérica de derecho internacional público.”* Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José- Costa Rica, año 2003

Castillo Córdova, Luis, *“Derechos fundamentales y procesos constitucionales,”* Grijley, Lima, año 2008, pág. 220.

Constitución de la República del Ecuador. 2008, Ecuador, Edit. CEP

Couture, EduardoJ. *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil.”*, Montevideo., 4ta. Edición. Edit. B de F. 2002. Págs. 47 y 48)

Chalco Salgado, José, *“La facultad reglamentaria del ejecutivo Atribuciones, intensidad, problemas del ejercicio y control”*, primera edición, Cuenca 2015.

Dostoievsky, Fiodor, *“La casa de los muertos.”* Ediciones Jucar. Año 1965.

Ferrajoli, Luigi. “Garantías constitucionales”. Revista Argentina de Derechos Constitucionales (Buenos Aires), 1.2 (2000).





UNIVERSIDAD DE CUENCA

Ferrajoli Luigi. *“Derechos y garantías: la ley del más débil”*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.

García de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández, Tomás, *“Curso de derecho administrativo., Vol II.”* S.L. Civitas Ediciones, Madrid, año 2014.

Guarderas, Santiago, *“Medidas cautelares en procesos constitucionales”*, Cevallos editorial jurídica, Quito Ecuador, Año 2014.

Kafka, Franz, *“El Proceso”*, año 1925.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009. Edit. CEP

Oyarte Martínez, Rafael, *“La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina”*, Fondo Editorial Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2006.

Pazmiño Freire Patricio, *“Las Garantías de los Derechos”*, en, *“Desafíos Constitucionales, la Constitución del 2008”* en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.

Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III, 1999;

Pozzolo, Susanna editora, Anna Pintore, Ramos Duarte, Ecio Otto y otros, *“Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos”*, El positivismo jurídico incluyente y la objetividad en el derecho. Un enfoque neoconstitucional sobre la exigencia de corrección en la interpretación constitucional, Palestra, Lima-Perú, año 2011.

Salgado Pesantes, Hernán, *“Lecciones de derecho constitucional,(cuarta edición)”* Colección profesional ecuatoriana, ediciones legales, Quito Año 2012.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Silva, Portero, Carolina, *“Las Garantías de los Derechos”* en, Ávila Ramiro (ed) Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Solzhenitsyn Aleksander, *“Archipiélago Gulag”*, año 1972.

Storini Claudia. *“Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución de 2008”*. Ed. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini. La nueva Constitución del Ecuador, Quito, Corporación Editorial Nacional, UASB.

Storini Claudia y Navas Alvear Marco *“La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social”*. 1.<sup>a</sup> ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013. (Nuevo derecho ecuatoriano, 3)

Zambrano Pasquel, Alfonzo, *“Del Estado Constitucional al Neo constitucionalismo El sistema interamericano de DDHH a través de sus sentencias”*, Edilex S.A, Lima, año 2011.

Zavala Egas Jorge, *“Lecciones de derecho administrativo.”* Edilex S.A., Lima-Perú, Año 2011.

Zavala Egas, Jorge, *“Teoría y práctica procesal constitucional,”* EDILEX S.A, Lima Perú, Año 2011.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## ANEXO



**2.3. Análisis constitucional de la propuesta presentada**

La Corte Constitucional sistematizará sus argumentos a partir del análisis de cada uno de los artículos presentados en la propuesta de los asambleístas:

**I. PROPUESTA DE ENMIENDA “ARTÍCULO 1”**

Artículo 88	Artículo 88
<p>La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.</p>	<p>En el artículo 88 agréguese al final un inciso con el siguiente texto:</p> <p>“La ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y por lo tanto pueda ser inadmitida”.</p>

**a. Procedimiento sugerido por los asambleístas y sus argumentos en relación al artículo 1 de la propuesta**

Los asambleístas manifiestan que el reconocimiento de esta garantía en la Constitución no ha asegurado por sí sola la realización de los fines que persigue, esto es, el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

Señalan que la norma constitucional que consagra esta garantía en el artículo 88 no puede ser declarativa, sino que por el contrario, debe ser efectiva y eficaz, pues solo en esta medida el derecho a la tutela judicial establecido en el artículo 75 también se torna efectivo, por lo que para conseguir este propósito, es necesario desarrollar



las condiciones para su pleno ejercicio, determinando las situaciones en las cuales puede existir un abuso de la misma, de forma tal que se evite su desnaturalización.

Expresan que:

La propia Corte Constitucional, en la sentencia No. 001-10-PJO-CC caso No. 0999-09-JP si bien reconoce el notable avance que desde el punto de vista constitucional han experimentado las garantías jurisdiccionales y los derechos constitucionales, también señala, "que en razón de sus innovaciones, pueden generar confusiones, equivocaciones e incluso prácticas abusivas que podrían devenir en lesiones graves a derecho constitucionales y en la generación de estados de indefensión".

De igual forma señalan que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 23 reconoce el abuso del derecho de la siguiente manera:

"La jueza o juez podrá disponer de sus facultades correctivas y coercitivas, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial, a quien, abusando del derecho, interponga varias acciones en forma simultánea o sucesiva por el mismo acto u omisión, por violación del mismo derecho y en contra de las mismas personas.

En los casos en que los peticionarios o las abogadas y abogados presenten solicitudes o peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial y de las sanciones que puedan imponer las direcciones regionales respectivas del Consejo de la Judicatura".

De igual manera, manifiesta que la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ya establece presupuestos en los cuales no procede la acción de protección:

La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.



7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibles la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

En consecuencia, la presente enmienda, según criterio de los asambleístas solo busca elevar a rango constitucional, aquellas disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y que se han venido aplicando desde su aprobación en el año 2009.

#### **b. Calificación del procedimiento del artículo 1 de la propuesta**

Para la calificación del procedimiento correspondiente al artículo 1 de la propuesta, esta Corte Constitucional plantea la resolución de los siguientes problemas jurídicos:

##### **1.1. ¿Cuál es el rol que desempeña la Constitución en el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano?**

Los asambleístas exponen como primer fundamento de su propuesta de enmienda del artículo 88 de la Constitución, que dicha disposición constitucional

...no puede ser declarativa, sino que por el contrario, debe ser efectiva y eficaz; solo en ésta medida, el derecho a la tutela judicial, establecido en el artículo 75, también se torna efectivo, por lo que, para conseguir este propósito, es necesario desarrollar las condiciones para su pleno ejercicio, determinando las situaciones en las cuales, puede existir un abuso de la misma, de forma tal que se evite su desnaturalización.

Para esta Corte, la fundamentación señalada encuentra relación con el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano y principalmente con el carácter normativo de la Constitución. En consecuencia, esta Corte, en el marco del control constitucional que le compete realizar, para calificar la vía de reforma constitucional pertinente, considera imprescindible referirse al carácter normativo de la Constitución y al papel que desempeñan en un Estado constitucional, el resto de prescripciones y normas que integran el sistema de fuentes del derecho.

Uno de los efectos esenciales que genera el reconocimiento de un Estado como "constitucional" es asumir el carácter normativo de la Constitución y su aplicación directa e inmediata. Por otro lado, genera también la necesidad de contar con un sistema de fuentes del derecho que guarde armonía con la norma fundamental y por



lo tanto que la desarrolle. En efecto, la Corte Constitucional, para el período de transición, señaló:

...la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y, 3) **el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho**<sup>4</sup>. (Énfasis fuera de texto).

Es conocido que la Constitución está compuesta por tres tipos de normas: valores, principios y reglas constitucionales; las dos primeras, valores y principios, se encuentran caracterizadas por ser prescripciones normativas de textura abierta que requieren de su desarrollo e interpretación en otras fuentes del derecho, de ahí que en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución se ha previsto que “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”; inclusive las reglas constitucionales, a pesar de contar con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica requieren de interpretaciones para su aplicación.

Siendo así, la noción de una Constitución como prescripción normativa de aplicación directa e inmediata, debe descartar la errónea concepción de prescindir del resto de fuentes generadoras de derecho objetivo, pues una Constitución establece los parámetros básicos, y requiere el auxilio del resto de fuentes jurídicas para su correcta interpretación y aplicación. Por tanto, considerar que un sistema jurídico puede autosatisfacerse exclusivamente con el texto constitucional, resulta contradictorio al proceso intelectual hermenéutico y de aplicación.

En el caso concreto, la propuesta de enmienda, sugerida por un grupo de asambleístas, asume que la efectividad y eficacia de la acción de protección, contenida en el artículo 88 de la Constitución, estaría supeditada a una mayor reglamentación constitucional –a priori– de aquellas situaciones en las cuales puede haber abuso de la garantía. En otras palabras, la propuesta desconoce el carácter abierto de las normas constitucionales y principalmente el rol que cumple el resto de la normativa en la regulación de la acción de protección.

En el caso particular de la jurisprudencia constitucional dictada por la Corte Constitucional, cabe resaltar que esta se ha constituido en la fuente central de desarrollo y regulación de los presupuestos de admisibilidad y procedencia de la acción de protección y de las demás garantías constitucionales. En efecto, la Corte,

<sup>4</sup> Corte Constitucional, para el período de transición, resolución del 21 de octubre del 2008.



a partir de los casos que se le presentan, producto de un constante ejercicio interpretativo de la Constitución, y de circunstancias fácticas determinadas, ha establecido reglas jurisprudenciales que han buscado garantizar la eficacia de las garantías constitucionales, específicamente la acción de protección.

Es así que no se requiere asumir una Constitución de tipo reglamentaria para garantizar la eficacia de un postulado constitucional –garantía de protección de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos–, pues aquello no garantiza su eficacia. No podría un sistema constitucional reproducir aquellas prácticas inherentes al formalismo jurídico, en el que se le confería al legislador una categoría de “previsor” de las situaciones que se podrían generar en el futuro y que ameritaban una regulación.

En el caso concreto, la argumentación de los asambleístas acerca del posible abuso de una garantía, no podría calificarse *a priori*, tampoco se alcanzará su eficacia con el solo establecimiento de normas reglamentarias en la Constitución, sino que se requiere del auxilio necesario del resto de fuentes del derecho, y principalmente de la jurisprudencia constitucional, fuente sociológica y dinámica de la Carta Fundamental. Lo dicho fue afirmado por la Corte Constitucional, para el período de transición, en la sentencia N.º 001-10-PJO-CC, citada por los peticionarios, pues en ella se destacó la necesaria verificación de las circunstancias fácticas que presente cada caso para regular y garantizar la eficacia de la acción de protección, evitando su abuso y desnaturalización.

**1.2. ¿Cuál es el procedimiento de reforma de la Constitución por medio del cual se podría constitucionalizar el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que se encontraba vigente desde el 22 de octubre de 2009 hasta antes de la expedición de la sentencia 102-13-SEP-CC?**

Los peticionarios sostienen en su fundamentación que la presente solicitud de enmienda “solo busca elevar a rango constitucional aquellas disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y que se han venido aplicando desde su aprobación en el año 2009”. Adicionalmente, transcriben dentro de las normas que se pretenden constitucionalizar a través de una enmienda, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prescripción normativa que en su criterio se habría venido aplicando desde el año 2009 hasta la actualidad.





Para abordar adecuadamente este problema jurídico, la Corte Constitucional abordará ciertos criterios que son necesarios dejar en claro.

- **Naturaleza de las garantías jurisdiccionales**

El Estado ecuatoriano se define como un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que el objetivo prioritario de este modelo estatal constituye la tutela y protección de los derechos de las personas y de la naturaleza, estableciéndose a lo largo del texto constitucional un conjunto de artículos que tienden a implementar tal acometida. A la par del reconocimiento progresivo de derechos constitucionales, el constituyente ecuatoriano incorporó garantías constitucionales que permiten hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los derechos constitucionales se convierten en límites y vínculos frente al poder estatal o de los particulares, por tanto, deben ser observados por todas las personas; no obstante, para lograr efectivizar esta amplia gama de derechos constitucionales se requiere de mecanismos que plasmen materialmente los mismos; para ello, se crean las denominadas garantías constitucionales.

La Corte Constitucional ecuatoriana, en relación a la importancia de las garantías constitucionales, ha señalado en múltiples fallos que:

Nuestra Norma Fundamental establece tres tipos de garantías constitucionales con la finalidad de asegurar el ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución de la República y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por un lado, las garantías denominadas “normativas”, que consisten en el deber que tienen todos los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente las normas jurídicas al marco constitucional; por otro lado, las garantías “institucionales”, que tienen relación con la obligación de la administración pública de garantizar los derechos constitucionales en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos; y, finalmente las garantías “jurisdiccionales”, mediante las cuales se recurre a la intervención jurisdiccional cuando las acciones u omisiones del sector público o de particulares, vulneran los derechos de las personas<sup>4</sup>.

De igual forma, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina:

<sup>4</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 103-14-SEP-CC, caso N.º 0308-11-EP



Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.

Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo.

En ese orden de ideas, las garantías constitucionales constituyen ese conjunto de herramientas que el constituyente ecuatoriano ha dotado a las personas para hacer efectivos sus derechos constitucionalmente reconocidos. En cuanto a las garantías jurisdiccionales, estas tienen un actor protagónico como son los jueces, quienes se encuentran encargados de tutelar los derechos de las personas frente a una vulneración de derechos, o ante la amenaza de vulneración de los derechos constitucionales; dentro de este grupo se destacan la acción de protección de derechos, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección, la acción de habeas corpus, acción de habeas data, acceso a la información pública, medidas cautelares, acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Por tanto, se colige que el objeto de las garantías jurisdiccionales es la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. En aquel sentido, cualquier cambio que se pretenda realizar al artículo 88 de la Constitución de la República debe observar el objeto primigenio que persiguen las garantías jurisdiccionales en su conjunto y en la especie, la acción de protección de derechos, ante lo cual siempre se deberá realizar una interpretación teleológica de las garantías con observancia del fin que persiguen las mismas.

Como máximo intérprete de la Constitución, la Corte Constitucional ecuatoriana ha señalado que: “[...] la acción de protección tiene dos objetivos primordiales: “la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, para el periodo de transición, sentencia N.º 0140-12-SEP-CC, caso N.º 1739-10-EP.



La acción de protección, dentro del sistema constitucional ecuatoriano, se convierte en una vía judicial idónea para proteger los derechos constitucionales que puedan ser amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de órgano público competente o de un particular.

Cabe destacar en el actual modelo de Estado el cambio que sufren las garantías jurisdiccionales y, específicamente la acción de protección, al convertirse en un proceso constitucional de conocimiento, desvirtuándose, por lo tanto, una naturaleza cautelar de las garantías, propia del modelo constitucional vigente en la Constitución de 1998, es decir que en la actualidad, en el trámite de un proceso de conocimiento constitucional, el juez debe conocer, decidir y ejecutar el fondo del asunto, y en caso de encontrar la vulneración a derechos constitucionales debe así declararlo y reparar integralmente a la persona o colectividad afectada, lo cual denota claramente la importancia de la acción de protección como mecanismo de protección de derechos y evidencia su naturaleza garantista.

- **La acción de protección de derechos como mecanismo de exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos**

Conforme se destacó en líneas anteriores, las garantías jurisdiccionales son aquellos mecanismos que hacen posible la exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución. En aquel sentido, es un deber del Estado brindar todas las facilidades para que las personas puedan acceder a estos mecanismos jurisdiccionales.

Será entonces el Estado, a través de los diversos órganos jurisdiccionales, el que emprenda la tarea de proteger los derechos constitucionales; para ello se establecen filtros regulativos de cada garantía jurisdiccional que permite el adecuado acceso y tramitación de la acción pertinente, lo cual tiende a ser desarrollado a través de normativa de carácter infra constitucional; una norma constitucional no puede contener filtros regulativos que restrinjan el acceso a mecanismos de garantías de derechos constitucionales, puesto que aquello atentaría a la esencia misma del modelo de Estado ecuatoriano.

La norma constitucional que consagra una garantía jurisdiccional debe propender desde un criterio teleológico acorde con el fin mismo del Estado, que es la protección de los derechos de las personas y de la naturaleza hacia el acceso de aquellos al sistema de garantías jurisdiccionales, para lo cual la norma



La acción de protección, dentro del sistema constitucional ecuatoriano, se convierte en una vía judicial idónea para proteger los derechos constitucionales que puedan ser amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de órgano público competente o de un particular.

Cabe destacar en el actual modelo de Estado el cambio que sufren las garantías jurisdiccionales y, específicamente la acción de protección, al convertirse en un proceso constitucional de conocimiento, desvirtuándose, por lo tanto, una naturaleza cautelar de las garantías, propia del modelo constitucional vigente en la Constitución de 1998, es decir que en la actualidad, en el trámite de un proceso de conocimiento constitucional, el juez debe conocer, decidir y ejecutar el fondo del asunto, y en caso de encontrar la vulneración a derechos constitucionales debe así declararlo y reparar integralmente a la persona o colectividad afectada, lo cual denota claramente la importancia de la acción de protección como mecanismo de protección de derechos y evidencia su naturaleza garantista.

- **La acción de protección de derechos como mecanismo de exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos**

Conforme se destacó en líneas anteriores, las garantías jurisdiccionales son aquellos mecanismos que hacen posible la exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución. En aquel sentido, es un deber del Estado brindar todas las facilidades para que las personas puedan acceder a estos mecanismos jurisdiccionales.

Será entonces el Estado, a través de los diversos órganos jurisdiccionales, el que emprenda la tarea de proteger los derechos constitucionales; para ello se establecen filtros regulativos de cada garantía jurisdiccional que permite el adecuado acceso y tramitación de la acción pertinente, lo cual tiende a ser desarrollado a través de normativa de carácter infra constitucional; una norma constitucional no puede contener filtros regulativos que restrinjan el acceso a mecanismos de garantías de derechos constitucionales, puesto que aquello atentaría a la esencia misma del modelo de Estado ecuatoriano.

La norma constitucional que consagra una garantía jurisdiccional debe propender desde un criterio teleológico acorde con el fin mismo del Estado, que es la protección de los derechos de las personas y de la naturaleza hacia el acceso de aquellos al sistema de garantías jurisdiccionales, para lo cual la norma



constitucional no puede contener filtros restrictivos al acceso ni ejercicio de la garantía en cuestión.

En cuanto al artículo 88 de la Constitución de la República, se puede evidenciar que dentro del citado artículo, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, convirtiéndose esta garantía jurisdiccional en uno de los principales mecanismos que permiten la exigibilidad de derechos constitucionales; limitar la garantía a través de filtros regulativos contenidos en la Carta Constitucional comportaría una contradicción con el modelo estatal y con los fines que el mismo persigue; adicionalmente, se atentaría a otros principios reconocidos en la Constitución como la simplicidad e informalidad de las garantías jurisdiccionales, así como a los compromisos internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano.

**- Principio de informalidad de la justicia constitucional**

El artículo 86 numeral 2 de la Constitución ecuatoriana establece: "a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz [...] e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho". Dentro de este contexto, podemos observar que la Constitución ecuatoriana asume un rol antiformalista al momento del diseño normativo de las garantías jurisdiccionales. En aquel sentido, para garantizar la efectividad de la justicia constitucional así como el acceso de las personas a estos mecanismos se han diseñado filtros no rígidos con el objeto de cumplir con el mandato constitucional de simplicidad e informalidad en la administración de justicia constitucional.

Así lo prevé también la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al determinar entre los principios de la administración de justicia constitucional:

Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

7.- Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.

Sobre esta base, la Constitución de la República como los principios básicos de la administración de la justicia constitucional consagrados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen la formalidad condicionada para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales; por tanto, las



normas que tiendan a regular el ejercicio de la garantía deben procurar que a través del cumplimiento de formalidades no se menoscabe la efectividad de la garantía.

En cuanto al acceso a la misma, esta Corte debe destacar que no se pueden crear limitaciones que obstaculicen el acceso a la justicia constitucional para las personas, menos aún a través de filtros restrictivos, toda vez que aquello generará que los destinatarios de la garantía no puedan ejercer plenamente la misma, ocasionándose un problema de aplicación del derecho desde una perspectiva material, al limitar mediante barreras normativas la accesibilidad en cuanto al ejercicio del mismo, el cual en nuestra realidad jurídica está dada por la informalidad y simplicidad del accionante para presentar la demanda respectiva y acceder al sistema de justicia constitucional.

La Corte Constitucional, en la sentencia N.º 102-13-SEP-CC, dentro del caso N.º 0380-10-EP estableció lineamientos respecto a cómo debe entenderse el procedimiento informal en la tramitación de los derechos, manifestando que "... la tutela de los derechos constitucionales exige que el modelo procedimental de la acción de protección –y de las garantías jurisdiccionales en general– se encuentre desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado"<sup>7</sup>.

Destacó que la inadmisión no puede ser entendida como un mecanismo para que el juzgador evada su tarea de protección a los derechos constitucionales:

La inadmisión de una demanda no puede entonces ser utilizada como una forma de escape del juzgador constitucional para inhibirse de su obligación constitucional y legal en la tutela de los derechos constitucionales, pues esta forma de proceder deviene en una real inhibición de conocer garantías jurisdiccionales, lo cual se encuentra proscrito legalmente para los jueces constitucionales<sup>8</sup>.

Finalmente, señaló que a través de este principio se está garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva, así

...el contenido de este derecho implica garantizar tanto el acceso a los órganos de justicia, como el derecho al debido proceso de la peticionaria, el que incluye que la decisión se encuentre debidamente motivada, así como la observancia de procedimientos mínimos, y que se convierte en el derecho a la justicia obtenida en un procedimiento,

<sup>7</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 102-13-SEP-CC, caso N.º 0380-10-EP

<sup>8</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 102-13-SEP-CC, caso N.º 0380-10-EP



superando las falencias que hacen ineficaz este derecho constitucional y además en el que prevalecen los principios sobre las reglas<sup>9</sup>.

En aquel sentido, las limitaciones procedimentales a la tramitación de la garantía acción de protección generaría una contradicción con lo dispuesto en la propia Constitución, así como el desarrollo jurisprudencial sostenido por esta Corte Constitucional, por medio del cual el procedimiento en garantías debe ser simple, informal, garantizándose de esta forma el acceso a los órganos de administración de justicia, así como que los destinatarios de las garantías puedan acceder a la misma de manera ágil y dinámica.

**- Obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano en materia de garantías**

La corriente internacionalista de protección de los derechos humanos propende hacia la incorporación dentro de los ordenamientos estatales de garantías judiciales que protejan los derechos humanos. Frente a ello, es menester destacar los compromisos internacionales que el Estado ecuatoriano ha asumido en esa línea.

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en su artículo 25 de protección judicial señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
  - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
  - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
  - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De la lectura del artículo citado se puede evidenciar que al ser el Ecuador signatario y al haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, las normas descritas generan una obligación hacia el Estado ecuatoriano para desarrollar recursos judiciales efectivos que permitan garantizar los derechos reconocidos en la Constitución y en la Convención respectiva; en tal virtud, el Ecuador tiene un compromiso constitucional y convencional que tiende hacia la incorporación de recursos judiciales efectivos que protejan los derechos de las personas.

<sup>9</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 102-13-SEP-CC, caso N.º 0380-10-EP



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Caso N.º 0001-14-RC

Página 42 de 140

En ese orden de ideas, la Constitución ecuatoriana del 2008 ha desarrollado una serie de recursos judiciales que concretizan esta obligación, a través de las denominadas garantías jurisdiccionales, y en la especie, la acción de protección de derechos, la misma que denota el compromiso estatal por el cumplimiento de este compromiso internacional, toda vez que esta garantía –acción de protección– permite la tutela de todos los derechos reconocidos en la Constitución, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual va conforme a la igualdad jerárquica de derechos consagrada en el artículo 11 de la Constitución de la República y que permite contar a las personas con un recurso judicial expresado a través de una garantía jurisdiccional efectivo para hacer valer sus derechos constitucionales.

En efecto, cualquier limitación al acceso de esta garantía comportaría por parte del Estado ecuatoriano un incumplimiento de la obligación internacional y del bloque de convencionalidad al restringir la garantía emblemática dentro del constitucionalismo ecuatoriano como es la acción de protección, más aún cuando esta acción permite abordar la tutela de todos los derechos constitucionales, ya sea que la vulneración provenga de las autoridades públicas o de personas particulares. Una limitación a esta garantía impediría el acceso de las personas a un recurso judicial idóneo para proteger cualquiera de sus derechos constitucionales, lo cual comportaría una regresividad en el desarrollo de los derechos de las personas y la naturaleza.

A través del efecto de irradiación constitucional, la aplicación del artículo 25 antes señalado otorga a la garantía acción de protección una obligación del más alto nivel, comprometiendo al Estado a cumplir los estándares internacionales señalados por los órganos integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo uno de esos estándares la obligación estatal de que el recurso judicial sea rápido, sencillo y efectivo, lo cual va de la mano a su vez con el modelo de estado vigente en el Ecuador.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido desarrollando su jurisprudencia al respecto y entre otras cosas ha señalado que:

El derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general





del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes.

La garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

No basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos.

Siguiendo la línea señalada por la Corte Interamericana, para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de presentar acciones que sean sencillas y rápidas, en los términos del artículo 25 de la Convención; es decir, no basta con que se mantenga la institución acción de protección, sino que dentro de la obligación estatal se encuentra el deber que dicha garantía no sufra menoscabo ni restricciones, y que la misma sea efectiva, tendiente a garantizar de manera amplia la protección de los derechos de las personas y la naturaleza, lo cual va acorde con la tesis de contar con recursos adecuados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que disponer de acciones adecuadas para la tutela de los derechos humanos y constitucionales significa:

...que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.

Para que un recurso sea adecuado, es necesario que sea de tal naturaleza que permita contar con medios eficaces y suficientes para reparar la situación jurídica infringida, es decir, que cuando se produzca la violación a un derecho humano se cuente en el ordenamiento jurídico interno, con recursos jurídicos específicos y aplicables a dichas situaciones que permitan un resultado de reparación concreta y razonable al daño producido; aquello lo denota claramente la acción de protección, puesto que constituye la garantía insigne del constitucionalismo ecuatoriano, la



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Caso N.º 0001-14-RC

Página 44 de 140

misma que permite garantizar una tutela respecto a cualquier derecho constitucional.

En ese orden de ideas, la acción de protección se encuentra establecida en el artículo 88 de la Constitución del Ecuador de 2008; tiene por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, denotándose a través de su implementación, ejercicio y no restricción, que el Ecuador está cumpliendo con sus obligaciones internacionales.

Sobre esta base, cabe señalar que en ejercicio del control de convencionalidad, el artículo, en la forma invocada por los peticionarios, no se encuentra vigente, pues fue la Corte Constitucional en la sentencia N.º 102-13-SEP-CC<sup>10</sup>, la que interpretó el alcance de la garantía jurisdiccional, fruto del desarrollo de una sólida línea jurisprudencial<sup>11</sup>.

Como quedó establecido, la Corte Constitucional, con la finalidad de garantizar una tutela judicial efectiva en sus dimensiones de acceso y sustanciación, y garantizar el

<sup>10</sup> "4. En virtud de las competencias establecidas en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido: El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional."

5. "En virtud de la competencia establecida en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional efectúa la interpretación conforme y condicionada con efectos *erga omnes* del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el siguiente sentido: Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional."

6. La interpretación conforme de los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional realizada por la Corte Constitucional en esta sentencia, es de obligatorio acatamiento, razón por la cual, en caso de desconocimiento de estas interpretaciones, se estará a lo dispuesto en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional."

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencias 054-11-SEP-CC, 055-11-SEP-CC, 013-12-SEP-CC, 024-12-SEP-CC y 153-12-SEP-CC; Corte Constitucional del Ecuador, sentencias 003-13-SEP-CC, 013-13-SEP-CC, 014-13-SEP-CC, 016-13-SEP-CC, 20-13-SEP-CC, 026-13-SEP-CC, 041-13-SEP-CC, 075-13-SEP-CC, entre otras.



cumplimiento de las obligaciones convencionales que tiene el Estado ecuatoriano, particularmente el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esclareció las diferencias entre presupuestos de admisibilidad y procedencia, dejando en claro que los presupuestos de admisibilidad de la acción de protección son aquellos previstos en el artículo 10, y en los numerales 6 y 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Adicionalmente, dejó establecido que el resto de presupuestos contenidos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías, así como aquellas causales previstas en el artículo 40 de la misma ley, son causales de improcedencia, es decir, requieren de un análisis de fondo por parte del juzgador y solo podrán ser invocados mediante sentencia, si se encuentran precedidos de una adecuada argumentación jurídica.

En consecuencia, una vez clarificados los presupuestos de admisibilidad y procedencia de la acción de protección en la jurisprudencia de la Corte, fuente normativa que se ubica al mismo nivel de la Constitución, es claro que la propuesta planteada por los peticionarios y la inclusión de un inciso en el artículo 88 que asume la posibilidad de calificar un abuso en la fase de admisibilidad, es contrario al carácter objeto directo e inmediato de la acción de protección.

Considerando que la argumentación sustantiva que sirvió de base para la interpretación constitucional de los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional –examen de constitucionalidad realizado por la Corte– estuvo sustentada en garantizar derechos constitucionales y respetar obligaciones convencionales, una lectura actualizada desde esa argumentación nos conduce a concluir que es evidente que la propuesta del grupo de asambleístas configuraría de una manera distinta la acción de protección – garantía de protección de los derechos–, propuesta que no puede ser tramitada vía enmienda.

Siendo así, asumiendo que tanto la enmienda constitucional y reforma parcial de la Constitución no pueden involucrar la restricción de derechos y garantías, esta Corte dictamina que la presente propuesta pretende una restructuración del objeto directo y eficaz de protección de la garantía jurisdiccional, y por lo tanto, debe ser objeto de análisis y debate en una asamblea constituyente.

**2. PROPUESTA DE ENMIENDA “ARTÍCULO 2”**

<b>Artículo 104</b>	<b>Artículo 104</b>
---------------------	---------------------